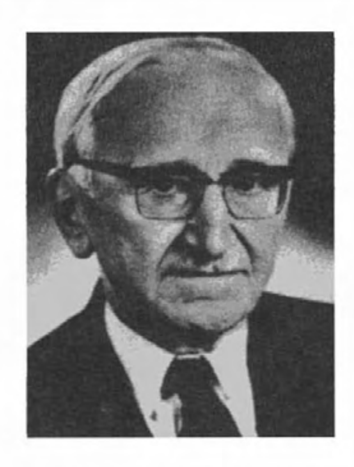
F. A. HAYEK

Droit législation et liberté

1

RÉGLES ET ORDRE





Friedrich A. HAYEK a étudié à l'Université de Vienne (alors capitale de l'empire austro-hongrois) où il a obtenu un double doctorat, en Droit et en Sciences politiques. Après avoir servi quelques années dans l'administration, il fut le premier directeur de l'Institut autrichien de Recherches économiques. En 1931 il reçut une chaire à la London School of Economics, et en 1950 rejoignit l'Université de Chicago comme professeur de Sciences morales et sociales. Il fut ensuite professeur d'Economie à l'Université Albert-Ludwig de Fribourg-en-Brisgau où il est professeur honoraire depuis 1967. Il est également Professor Emeritus de l'Université de Chicago, membre de la British Academy et de plusieurs universités.

Il est l'auteur de nombreux ouvrages parmi lesquels *La route de la servitude* (trad. française, Paris, Librairie de Médicis, 1945) ; *The Constitution of Liberty ; The Pure Theory of Capital ; Individualism and Economic Order ; Studies in Philosophy, Politics and Economics ; New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas.*

F. A. Hayek a reçu le Prix Nobel de Science économique en 1974.

Le traducteur, Raoul AUDOUIN, l'un des doyens de la « Société du Mont Pèlerin », a multiplié les efforts pour faire connaître en France le renouveau mondial de l'école jadis illustrée par Mon-

DROIT, LÉGISLATION ET LIBERTÉ

Volume 1
RÈGLES ET ORDRE

« LIBRE ÉCHANGE »
COLLECTION DIRIGÉE PAR
FLORIN AFTALION
ET GEORGES GALLAIS-HAMONNO

DROIT, LÉGISLATION ET LIBERTÉ

Une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique

---

Volume I

Règles et ordre

F. A. HAYEK

TRADUIT DE L'ANGLAIS
PAR RAOUL AUDOUIN





Presses Universitaires de France

Cet ouvrage est la traduction française de
Law, Legislation and Liberty
Vol. 1 : *Rules and Order*
by F. A. Hayek
Routledge & Kegan Paul, London and Henley

ISBN 2 13 036646 5

1re édition : 4e trimestre 1980

108, Bd Saint-Germain, 75006 Paris

Des êtres intelligents peuvent avoir des lois qu'ils ont faites, mais ils en ont aussi qu'ils n'ont pas faites.

(MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, I, p. 1.)

SOMMAIRE

INTRODUCTION

> « *Il semble n'y avoir qu'une solution au problème : c'est que l'élite du genre humain acquière une conscience de la limitation de l'esprit de l'homme, à la fois assez simple et profonde, assez humble et sublime, pour que la civilisation occidentale se résigne à ses inévitables désavantages* » (G. FERRERO*).

/Lorsque Montesquieu et les rédacteurs de la Constitution américaine exposèrent la conception, qui s'était développée en Angleterre, d'une constitution limitative[1], ils proposèrent un modèle qu'a toujours suivi depuis le constitutionnalisme libéral. Leur objectif principal était de fournir des sauvegardes institutionnelles à la liberté individuelle; et le dispositif dans lequel ils placèrent leur confiance fut la séparation des pouvoirs. Dans la forme où nous la connaissons, cette division du pouvoir, entre la législature, le judiciaire et l'administration, n'a pas atteint le but auquel elle était censée parvenir. Partout les gouvernements ont obtenu, par des moyens constitutionnels, des pouvoirs que ces hommes entendaient leur dénier. La première tentative en vue d'assurer la liberté individuelle par des constitutions a manifestement échoué.

Constitutionnalisme veut dire gouvernement contenu dans des limites[2]. Mais l'interprétation donnée aux formules traditionnelles du constitutionnalisme a rendu possible de les concilier avec une conception de la démocratie selon laquelle celle-ci est une forme de gouvernement où, en quelque matière que ce soit, la volonté de la majorité n'est limitée par rien[3]. En conséquence, il a été déjà suggéré sérieusement que les constitutions sont une survivance désuète, qui n'a point de place dans la conception moderne du gouvernement[4]. Et de fait, quelle fonction une constitution remplit-elle, qui rend possible l'omnipotence du gouvernement ? Sa fonction doit-elle être simplement d'assurer que les gouvernements opèrent aisément et efficacement, quels que soient leurs desseins ?

Cela étant, il semble important de demander ce que feraient aujourd'hui ces fondateurs du constitutionnalisme libéral si, poursuivant les buts qui étaient les leurs, ils pouvaient disposer de toute l'expérience que nous avons acquise entre-temps. Il y a bien des choses que nous devrions avoir apprises de l'Histoire des deux cents dernières années, qu'avec toute leur sagesse ces hommes ne pouvaient savoir. Pour moi, leurs buts apparaissent aussi valables que jamais. Mais comme leurs moyens se sont avérés inadéquats, quelque nouvelle invention institutionnelle est nécessaire.

Dans un autre ouvrage j'ai essayé de reformuler la doctrine traditionnelle du constitutionnalisme libéral, et j'espère avoir dans une certaine mesure réussi à la clarifier[5]. Mais ce fut seulement après avoir achevé ce travail que j'en suis venu à voir clairement pourquoi ces idéaux n'avaient pas su garder l'adhésion des idéalistes, à qui sont dus tous les grands mouvements politiques, et à comprendre quelles sont les croyances de notre époque qui se sont montrées inconciliables avec les idéaux en question. Il me semble à présent que les raisons de cette évolution ont été principalement : la perte de la croyance en une justice indépendante de l'intérêt personnel; par voie de conséquence, le recours à la législation pour autoriser la contrainte, non plus simplement pour empêcher l'action injuste, mais pour atteindre certains objectifs particuliers concernant des individus ou des groupes spécifiques; et la fusion, entre les mains des mêmes assemblées représentatives, de la mission d'énoncer les règles de juste conduite, avec la mission de diriger le gouvernement.

Ce qui m'a conduit à écrire un autre livre sur le même thème général que le précédent fut la conviction plus claire que la préservation d'une société d'hommes libres dépend de trois notions fondamentales qui n'ont jamais été exposées de façon adéquate, et auxquelles sont consacrées les trois principales parties de ce livre. La première de ces notions est qu'il faut distinguer entre un ordre qui s'engendre de lui-même, ou ordre spontané, et une organisation, et que ce qui les différencie se rapporte aux deux sortes différentes de règles ou de lois qui s'y établissent. La seconde notion est que ce qui est aujourd'hui généralement considéré comme justice « sociale » ou distributive n'a de sens qu'à l'intérieur du second de ces genres d'ordre, l'organisation. Mais que cela n'a point de sens, et est absolument incompatible, avec cet ordre spontané qu'Adam Smith appelait « la Grande

Société » et que Sir Karl Popper a nommé « la Société Ouverte ». La troisième notion est que le type prédominant d'institutions démocratiques libérales où c'est le même corps représentatif qui pose les règles de juste conduite et qui dirige le gouvernement conduit forcément à transformer progressivement l'ordre spontané d'une société libre en un système totalitaire mis au service de quelque coalition d'intérêts organisés.

J'espère montrer que cette évolution n'est pas une conséquence nécessaire de la démocratie, mais seulement un effet de cette forme particulière de gouvernement illimité avec laquelle on a fini par identifier la démocratie.

Si je suis dans le vrai, il semble bien que la forme particulière de gouvernement représentatif qui actuellement prévaut dans le monde occidental, et que beaucoup croient devoir défendre parce qu'ils la considèrent à tort comme la seule forme possible de démocratie, a une tendance inhérente à s'écarter des idéaux qu'elle avait pour mission de servir. L'on pourrait difficilement nier que, depuis que ce type de démocratie s'est trouvé accepté, nous nous soyons sans cesse éloignés de cet idéal de liberté individuelle dont on l'avait cru le plus sûr rempart, et que nous dérivions maintenant vers un système que personne ne souhaitait.

Les signes ne manquent pas, toutefois, que la démocratie illimitée court à sa chute et qu'elle s'effondrera, non à grand bruit mais à bout de souffle. Il devient déjà visible que bon nombre d'espérances ont été éveillées qui ne pourront être honorées qu'en retirant le pouvoir de décision des mains des assemblées démocratiques, et en le remettant aux coalitions d'intérêts organisés, socialement influentes, et à leurs experts mercenaires. Déjà, même, l'on nous dit que la fonction des corps représentatifs est devenue de « mobiliser le consentement »[6], c'est-à-dire non d'exprimer, mais de manipuler l'opinion de ceux qu'ils représentent. Tôt ou tard, les gens découvriront que non seulement ils sont à la merci de nouvelles castes privilégiées, mais que la machinerie para-gouvernementale, excroissance nécessaire de l'Etat tutélaire, est en train de créer une impasse en empêchant la société d'effectuer les adaptations qui, dans un monde mouvant, sont indispensables pour maintenir le niveau de vie atteint, sans parler d'en atteindre un plus élevé. Il faudra probablement du temps avant que les gens n'admettent que les institutions qu'ils ont créées les ont mis

dans une telle impasse. Mais il n'est probablement pas trop tôt pour commencer à réfléchir sur les moyens d'en sortir. Et c'est la conviction que cela exigera quelque révision radicale des croyances généralement acceptées, qui me fait me risquer ici à quelque invention institutionnelle.

Si j'avais su, lorsque j'ai publié *La constitution de la liberté*, que plus tard j'entreprendrais la tâche abordée dans le présent ouvrage, j'aurais réservé ce titre pour celui-ci. A l'époque, j'avais employé le terme « constitution » au sens large par lequel nous désignons aussi l'état de santé normal d'une personne. C'est seulement dans ce livre-ci que je me pose la question de savoir quel arrangement constitutionnel, au sens juridique du terme, pourrait le mieux conduire à préserver la liberté individuelle. Hormis une simple allusion que peu de lecteurs auront remarquée[7], je me suis borné dans le livre précédent à énoncer les principes que les systèmes de gouvernement existants devraient suivre s'ils désiraient préserver la liberté. L'évidence grandissante que les institutions existantes rendent cela impossible m'a conduit à concentrer de plus en plus mon attention sur ce qui d'abord me sembla une idée attrayante mais impraticable; jusqu'à ce que l'utopie perdît son étrangeté et en vînt à m'apparaître comme la seule solution au problème sur lequel les fondateurs du constitutionnalisme libéral ont achoppé.

Toutefois, c'est seulement au tome 3 de cet ouvrage que j'aborde ce problème de structure constitutionnelle. S'agissant de suggérer de façon au moins plausible une rupture radicale d'avec la tradition établie, il est nécessaire de réexaminer dans un esprit critique non seulement les opinions courantes mais aussi la signification réelle de plusieurs conceptions fondamentales auxquelles nous rendons un hommage superficiel. En réalité, je découvris rapidement que pour mener à bien ce que j'avais entrepris, il faudrait faire à peine moins, pour le XXe siècle, que n'a fait jadis Montesquieu pour le XVIIIe. Le lecteur me croira quand je dis qu'au cours de cet ouvrage j'ai plus d'une fois désespéré de pouvoir simplement approcher du but que je m'étais assigné. Je ne parle pas ici du fait que Montesquieu était aussi un grand génie littéraire, qu'un simple savant ne peut espérer prendre pour modèle. Je me réfère plutôt à la pure difficulté intellectuelle provenant du fait que, du temps de Montesquieu, le champ que doit couvrir une telle entreprise n'était pas encore fragmenté en de multiples spécialités; alors que, depuis, il est devenu impossible à quiconque d'assimiler même les œuvres les plus impor-

tantes qui s'y rapportent. Et pourtant, bien que le problème d'un ordre social approprié soit de nos jours étudié sous les angles distincts de l'économie, de la jurisprudence, de la science politique, de la sociologie et de l'éthique, c'est un problème qui ne peut être embrassé efficacement que comme un tout. Cela signifie que quiconque entreprend une telle tâche aujourd'hui doit renoncer à se déclarer compétent dans la totalité des domaines où il devra pénétrer, ou informé de la littérature spécialisée portant sur toutes les questions qui se posent.

Nulle part l'effet désastreux de la division en domaines de spécialistes n'est plus visible que dans les deux plus anciennes de ces disciplines, l'économie et le droit. Les penseurs du XVIIIe siècle auxquels nous devons les conceptions fondamentales du constitutionnalisme, David Hume et Adam Smith, non moins que Montesquieu, étaient encore préoccupés de ce que certains d'entre eux appelaient la « science de la législation », ou des principes de la politique au plus large sens du terme. L'un des thèmes principaux de ce livre-ci sera que les règles de juste conduite que le juriste étudie servent un genre d'ordre dont le juriste ignore largement le caractère; et que cet ordre-là est principalement étudié par l'économiste qui, à son tour, est semblablement ignorant du caractère des règles de conduite sur lesquelles repose l'ordre qu'il étudie. L'effet le plus grave de l'éclatement en diverses spécialités de ce qui fut jadis un unique champ de recherche est que cela a laissé un *no man's land*, un vague sujet parfois appelé « philosophie sociale ». Certaines des plus importantes disputes à l'intérieur de ces disciplines spéciales tournent, en fait, autour de questions qui ne sont propres à aucune d'entre elles, qu'aucune n'examine donc systématiquement, et que pour cette raison l'on considère comme « philosophiques ». Cela sert souvent d'excuse pour prendre tacitement une position que l'on suppose ne pas appeler de justification rationnelle, ou ne pas en être susceptible. Pourtant, ces questions cruciales dont dépendent entièrement, non seulement des interprétations de faits, mais aussi des attitudes politiques, sont des questions qui peuvent et doivent être résolues sur la base des faits et de la logique. Elles ne sont « philosophiques » qu'au sens où certaines croyances largement répandues mais erronées sont dues à la persistance d'une tradition philosophique qui postule une réponse fausse à des problèmes susceptibles d'un traitement scientifique déterminé.

Dans le premier chapitre de ce livre, j'essaie de montrer que

certaines vues très répandues, de nature scientifique ou politique, dépendent d'une conception particulière de la formation des institutions sociales, que j'appellerai « rationalisme constructiviste »; conception qui tient pour certain que toutes les institutions sociales sont le produit d'un dessein délibéré, et doivent l'être. Cette tradition intellectuelle peut être réfutée à la fois dans ses conclusions cognitives et normatives, car les institutions existantes ne sont pas toutes le produit d'un dessein, et il ne serait pas possible non plus de faire dépendre l'ordre social entier d'un dessein, sans du même coup restreindre fortement l'utilisation des connaissances disponibles. Cette vue erronée est étroitement liée à la conception, non moins fausse, de l'esprit humain comme une entité située en dehors du cosmos de la nature et de la société, et non comme étant lui-même le produit du même processus d'évolution auquel sont dues les institutions de la société.

J'ai été effectivement amené à la conviction que les plus importantes divergences de notre temps, non seulement scientifiques mais aussi politiques (ou « idéologiques »), proviennent initialement de certaines différences philosophiques entre deux écoles de pensée, dont on peut démontrer que l'une est dans l'erreur. Les deux sont communément appelées rationalisme, mais je devrai les distinguer en rationalisme évolutionniste (ou, comme l'appelle Sir Karl Popper, « critique »), et rationalisme constructiviste (« naïf », selon Popper), le second étant erroné. Si le rationalisme constructiviste peut être montré comme reposant sur des présomptions matériellement fausses, c'est toute une famille de pensées et d'écoles tant scientifiques que politiques qui se trouvera convaincue d'erreur.

Dans les domaines théoriques, c'est en particulier le positivisme juridique et la croyance connexe en la nécessité d'un pouvoir « souverain » illimité, dont le sort est lié à celui de cette erreur. Il en va de même de l'utilitarisme, au moins dans sa variante axée sur l'acte; je crains aussi qu'une part non négligeable de ce qu'on appelle « sociologie » ne soit une progéniture directe du constructivisme lorsqu'elle présente son but comme étant de « créer l'avenir du genre humain »[8] ou, selon les mots d'un écrivain, affirme « que le socialisme est l'aboutissement logique et inévitable de la sociologie »[9]. Toutes les doctrines totalitaires, dont le socialisme n'est que la plus noble et la plus influente, sont ici évoquées. Elles sont fausses, non en raison des

valeurs sur lesquelles elles s'appuient, mais parce qu'il y a méconnaissance des forces qui ont rendu possibles la Grande Société et la civilisation. La démonstration que les oppositions entre socialistes et non-socialistes sont fondées initialement sur des questions purement intellectuelles susceptibles de solution scientifique, et non sur des jugements de valeur différents, me semble l'un des aboutissements les plus importants du cheminement de pensées poursuivi dans ce livre.

Il m'apparaît aussi que la même erreur de fait a longtemps paru rendre insoluble le plus central des problèmes d'organisation politique, qui est de savoir comment limiter la « volonté populaire » sans placer au-dessus d'elle une autre « volonté ». Dès l'instant où nous reconnaissons que l'ordre de base de la Grande Société ne peut pas reposer entièrement sur un dessein, et par conséquent ne peut pas non plus viser à des résultats particuliers prévisibles, nous voyons que l'exigence, comme légitimation de toute autorité, d'un engagement d'obéir à des principes généraux approuvés par l'opinion générale, peut fort bien imposer d'effectives restrictions à la volonté particulière de toute autorité, y compris celle de la majorité du moment.

Sur ces problèmes qui seront mon souci principal, la pensée semble avoir peu progressé depuis David Hume et Emmanuel Kant, et sous plusieurs aspects ce sera du point où ils se sont arrêtés que nos analyses devront repartir. Ce sont eux qui se sont approchés plus que quiconque d'une claire reconnaissance de la position éminente des valeurs, en tant que conditions indépendantes et orientatrices de toute construction rationnelle. Ce qui me préoccupe au plus haut point ici, bien que je ne puisse en traiter qu'un aspect partiel, c'est cette destruction des valeurs par erreur scientifique; elle m'est de plus en plus apparue comme la tragédie majeure de notre temps — une tragédie, parce que les valeurs que l'erreur scientifique tend à détrôner sont la fondation indispensable de toute notre civilisation, y compris les efforts scientifiques mêmes qui se sont retournés contre elles. La tendance du constructivisme à représenter les valeurs qu'il ne peut expliquer, comme déterminées par des décisions humaines arbitraires, par des volitions ou de simples émotions — au lieu d'y reconnaître les conditions nécessaires de faits que ses adeptes tiennent pour allant de soi — cette tendance a fortement ébranlé les fondements de la civilisation et la science elle-même, laquelle repose aussi sur un système de valeurs qui ne peuvent être démontrées scientifiquement.

I

RAISON ET ÉVOLUTION

> « *En relatant par qui, et dans quel contexte, la véritable loi de la formation des Etats libres a été reconnue, et comment cette découverte est étroitement parente de celles qui, sous les noms de développement, d'évolution et de continuité, ont donné une méthode neuve et plus profonde aux autres sciences, l'on a résolu l'antique problème entre stabilité et changement, et mis en lumière l'influence de la tradition sur le progrès de la pensée* » (Lord Acton*).

Construction et évolution

Il y a deux façons de considérer la structure des activités humaines, qui conduisent à des conclusions fort différentes concernant à la fois son explication et les possibilités de la modifier délibérément. L'une des deux est fondée sur des conceptions dont la fausseté est démontrable, mais qui pourtant sont si agréables pour la vanité humaine qu'elles ont acquis une grande influence, et sont constamment utilisées par des gens qui savent qu'elles reposent sur une fiction, mais croient cette fiction inoffensive. L'autre — bien que peu de gens mettent en doute ses arguments de base, si ces derniers sont présentés dans l'abstrait — conduit sous certains aspects à des conclusions si déplaisantes que peu de gens acceptent de la suivre jusqu'à son terme.

La première nous procure un sentiment de pouvoir illimité pour réaliser ce que nous souhaitons, tandis que la seconde amène à comprendre qu'il y a des bornes à ce qui peut être délibérément réalisé, et à reconnaître que certaines de nos espérances actuelles sont des illusions. Toutefois, l'effet de nous laisser séduire par la première vision a toujours été que l'homme a, dans les faits, restreint le champ de ce qu'il pouvait accomplir. Car ce fut toujours la reconnaissance des limites du possible, qui a rendu l'homme capable de faire pleinement usage de ses capacités[1].

La première conception soutient que les institutions humaines

ne serviront des desseins humains que si elles ont été délibérément élaborées en fonction de ces desseins; souvent même, que la simple existence d'une institution prouve qu'elle a été créée dans un certain but; et, toujours, que nous devrions remodeler notre société et ses institutions de telle sorte que toutes nos actions soient entièrement guidées par des objectifs connus. A la plupart des gens ces propositions semblent aller de soi et constituer la seule attitude digne d'un être pensant. Pourtant la croyance sous-jacente à ces propositions, c'est-à-dire que nous devons toutes les institutions bénéfiques à des plans préconçus, et que seul un tel dessein les a rendues, ou peut les rendre, utiles à nos fins, est largement fausse.

Cette idée est enracinée originairement dans une propension extrêmement tenace de la pensée primitive, qui interprète de façon anthropomorphique toute régularité perçue dans des phénomènes, comme provenant du dessein d'un esprit pensant. Mais précisément au moment où l'homme était en bonne voie de s'affranchir de cette conception naïve, celle-ci a été ranimée par le secours d'une puissante philosophie, avec laquelle le but de libérer l'esprit humain de préjugés erronés s'est trouvé étroitement associé, et qui est devenue la conception prédominante de l'Age des Lumières.

L'autre vision des choses, qui s'est lentement dégagée, par étapes, depuis l'Antiquité — mais qui a pour un temps été presque entièrement submergée par la mentalité constructiviste plus prestigieuse — était que ce caractère ordonné de la société, qui a grandement accru l'efficacité de l'action individuelle, n'était pas dû seulement à des institutions et pratiques inventées ou combinées dans ce but, mais qu'il était dû largement à un processus d'abord décrit comme une « maturation », puis comme une « évolution », processus par lequel des pratiques qui avaient été d'abord adoptées pour d'autres raisons, ou même de façon purement accidentelle, furent conservées parce qu'elles procuraient aux groupes où elles étaient apparues une supériorité sur les autres groupes. Depuis son premier développement systématique au cours du XVIIIe siècle, cette vision des choses a dû lutter non seulement contre l'anthropomorphisme de la pensée primitive, mais plus encore contre le renforcement de ces idées naïves provoqué par la nouvelle philosophie rationaliste. En fait, ce fut le défi suscité par cette philosophie qui a conduit à la formulation explicite de l'idée évolutionniste[2].

Les thèses du rationalisme cartésien

Le grand penseur, auquel les idées fondamentales de ce que nous appellerons le rationaliste constructiviste doivent leur plus complète expression, fut René Descartes. Mais tandis qu'il s'était abstenu d'en tirer des conclusions pour des discussions de problèmes sociaux et moraux[3], ces conclusions furent principalement élaborées par son contemporain (légèrement son aîné, mais qui vécut beaucoup plus longtemps), Thomas Hobbes. Bien que la préoccupation immédiate de Descartes ait été d'établir des critères de vérité des propositions logiques, ces critères furent inévitablement aussi employés par ses successeurs pour juger de la pertinence et de la justification des actions. Le « doute radical » qui lui fait refuser d'accepter quoi que ce soit pour vrai, qui ne puisse être logiquement déduit de prémisses explicites qui soient « claires et distinctes », et par conséquent hors de doute possible, privait de validité toutes celles d'entre les règles de conduite qui ne pouvaient être justifiées de cette manière. Bien que Descartes lui-même en ait éludé les conséquences en attribuant de telles règles de conduite à une omnisciente divinité, ceux d'entre ses disciples pour lesquels cela ne semblait plus une explication suffisante en vinrent à considérer comme superstition irrationnelle le fait d'accepter sur la simple base de la tradition tout ce qui ne pouvait être pleinement justifié sur des bases rationnelles. Le rejet comme « simple opinion » de tout ce qui ne pouvait être démontré comme vrai par ces critères devint la caractéristique dominante du mouvement qu'il avait lancé.

Etant donné que pour Descartes la raison était définie comme déduction logique de prémisses explicites, l'action rationnelle devint aussi l'appellation réservée à l'action déterminée entièrement par une vérité connue et démontrable. De là on passe presque inévitablement à la conclusion que seul ce qui est vrai dans ce sens-là peut conduire à l'action réussie, et que par conséquent tout ce à quoi l'homme doit ses réussites est un produit de son raisonnement ainsi conçu. Des institutions et pratiques qui n'ont pas été élaborées de cette manière ne peuvent être avantageuses que par hasard. Telle devint l'attitude caractéristique du constructivisme cartésien, avec son mépris pour la tradition, la coutume et l'histoire en général. Seule la raison de l'homme devait le rendre capable de bâtir à neuf la société[4].

Cette façon de voir « rationaliste » avait en fait la signification d'une rechute dans les modes de pensée anthropomorphiques de jadis. Elle amena une propension renouvelée à attribuer l'origine de toutes les institutions de la culture à l'invention et au plan préconçu. La morale, la religion et la loi, le langage et l'écriture, la monnaie et le marché avaient été, pensait-on, élaborés délibérément par quelqu'un, ou, du moins, devaient à un tel dessein chaque perfection qu'ils présentaient. Cette façon intentionnaliste ou pragmatique[5] de représenter l'histoire trouva son expression la plus complète dans la conception de la formation de la société par un contrat social, d'abord dans Hobbes puis dans Rousseau qui, à bien des égards, était un disciple direct de Descartes[6]. Bien que leur théorie n'ait pas toujours prétendu être un compte rendu historique de ce qui s'était réellement passé, elle n'en a pas moins toujours tendu à montrer la route à suivre pour décider si des institutions existantes devaient ou non être approuvées comme rationnelles.

C'est à cette conception philosophique que nous devons la préférence qui prévaut encore aujourd'hui pour tout ce qui est fait « consciemment » ou « délibérément », et de là tirent leur signification péjorative actuelle les termes « irrationnel » ou « non rationnel ». C'est ainsi que ce qui était jadis présomption favorable en faveur des institutions et usages traditionnels ou établis devint présomption défavorable; et que « l'opinion » devint dans les esprits une « simple opinion » — quelque chose d'indémontrable, qui ne pouvait être décidé par la raison et donc ne devait pas être accepté comme une base valable de décision.

Et pourtant les faits contredisent l'idée implicite sous-tendant la croyance que l'homme a acquis la maîtrise de son environnement principalement grâce à sa faculté de déduction logique à partir de prémisses explicites; et tout essai de cantonner ses actions dans ce qui peut être ainsi justifié le priverait de beaucoup des plus efficaces moyens de succès dont il a disposé. Il n'est tout simplement pas vrai que nos actions doivent leur efficacité seulement, ou principalement, au savoir que nous pouvons exprimer en mots, et qui par suite peut constituer les prémisses explicites d'un syllogisme. Nombre d'institutions de la société qui sont des conditions indispensables à la poursuite efficace de nos buts conscients sont en fait le résultat de coutumes, d'habitudes, de pratiques qui n'ont ni été inventées ni ne

sont observées afin d'obtenir des buts de cette nature. Nous vivons dans une société où nous pouvons efficacement nous orienter, et dans laquelle nos actions ont une bonne chance d'atteindre leur but, non seulement parce que nos semblables sont mus par des fins connues ou par des rapports connus entre moyens et fins, mais encore parce que eux aussi sont encadrés par des règles dont nous ne connaissons souvent ni la raison d'être ni l'origine, et dont souvent nous ne savons même pas qu'elles existent.

L'homme est tout autant un animal-obéissant-à-des-règles qu'un animal-recherchant-des-objectifs[7]. Et il est efficace, non pas parce qu'il sait pourquoi il doit obéir aux règles qu'il observe en fait, ni même parce qu'il est capable d'énoncer toutes ces règles en paroles, mais parce que sa pensée et son agir sont régis par des règles qui, par un processus de sélection, se sont établies dans la société où il vit, et qui sont ainsi le produit de l'expérience des générations.

Les limitations permanentes de notre connaissance des faits

La façon de voir constructiviste conduit à des conclusions fausses parce que les actions de l'homme réussissent largement — non pas seulement au stade primitif mais plus encore sans doute dans un milieu civilisé — du fait qu'elles sont adaptées à la fois aux faits particuliers qu'il connaît et à un grand nombre d'autres faits qu'il ne connaît ni ne peut connaître. Et cette adaptation aux circonstances générales qui l'entourent est réalisée par son obéissance à des règles qu'il n'a pas imaginées et que souvent il ne connaît même pas explicitement, bien qu'il soit capable de les respecter en agissant. Ou, pour exprimer la chose autrement : notre adaptation à l'environnement ne consiste pas seulement, ni peut-être même principalement, en une intuition des relations de cause à effet; elle consiste aussi en ce que nos actions sont régies par des règles adaptées au monde dans lequel nous vivons, c'est-à-dire à des circonstances dont nous n'avons pas conscience et qui pourtant définissent la structure de nos actions réussies.

La complète rationalité de l'action au sens cartésien demande la complète connaissance de tous les faits qui la concernent. Un dessinateur-projeteur ou un ingénieur a besoin de toutes les données et du pouvoir entier de les diriger ou de les manipuler, en vue

d'agencer les objets matériels de manière à ce qu'ils produisent le résultat visé. Mais la réussite de l'action dans la société dépend de plus de faits particuliers que personne n'est capable d'en connaître. Et toute notre civilisation repose par conséquent — et ne peut faire autrement que de reposer — sur le fait que nous *présumons* bien plus de choses que nous n'en pouvons *connaître* au sens cartésien du terme.

Nous devons donc demander au lecteur de garder constamment à l'esprit, tout au long de ce livre, le fait de l'ignorance nécessaire et irrémédiable où se trouve tout le monde, de la plupart des faits particuliers qui déterminent les actions de chacun des nombreux membres de la société humaine. Cela peut de prime abord sembler un fait si évident et incontestable qu'il mérite à peine d'être mentionné, et encore moins prouvé. Pourtant, comme on ne le souligne pas constamment, le résultat est de le perdre de vue trop aisément. Il en est ainsi principalement parce que c'est un fait extrêmement désagréable, qui accroît énormément nos difficultés à la fois pour expliquer et pour influencer intelligemment les processus sociaux, et qui impose des limites fort strictes à ce que nous pouvons dire ou faire à leur sujet. Il existe de ce fait une grande tentation, en première approximation, de commencer par présumer que nous savons tout ce qui est nécessaire pour expliquer complètement ou pour contrôler. Cette hypothèse provisoire est souvent considérée comme quelque chose de peu d'importance, qui peut par la suite être laissée de côté sans affecter notablement les conclusions. Et pourtant cette inéluctable ignorance de la plupart des données qui entrent dans l'ordre de la Grande Société est la racine du problème central de tout ordre social; la fiction par laquelle cette ignorance est provisoirement mise de côté n'est la plupart du temps jamais explicitement abandonnée, elle est seulement opportunément oubliée. Après quoi le raisonnement suit son chemin comme si cette ignorance ne comptait pour rien.

Le fait de notre irrémédiable ignorance de la plupart des faits particuliers qui déterminent les processus sociaux est, cependant, la raison pour laquelle la plupart de nos institutions sociales ont pris la forme qu'elles ont en fait. Parler d'une société où tous les éléments de la réalité seraient connus, soit de l'observateur, soit de l'un quelconque de ses membres, c'est parler de quelque chose de totalement différent de tout ce qui peut avoir existé — d'une société dans laquelle

presque tout ce que nous trouvons dans la nôtre n'existerait pas et ne pourrait pas exister, et si jamais une telle société apparaissait, elle aurait des caractères que nous ne pouvons imaginer.

J'ai analysé l'importance de notre ignorance forcée des faits concrets, assez longuement, dans un autre livre[8], et c'est principalement en l'énonçant ici en tête de tout mon exposé que je veux en souligner l'importance cruciale. Mais il y a plusieurs points qui appellent une nouvelle formulation ou un développement. Dans le premier cas, parlant de l'incurable ignorance de tous, je vise celle de faits distincts qui sont connus, ou seront connus de quelqu'un, et qui, de ce fait, affectent la structure entière de la société. Cette structure des activités humaines s'adapte constamment, et fonctionne par le mouvement même de son adaptation, à des millions de faits que personne ne connaît en totalité. La signification de ce processus est tout à fait évidente, et elle a d'abord été dégagée dans le domaine économique. Comme il a été dit, « la vie économique d'une société non socialiste consiste en des millions de relations ou flux entre des firmes individuelles et des ménages. Nous pouvons établir certains théorèmes à leur sujet, nous ne pouvons jamais les observer tous »[9]. La prise de conscience de l'importance de notre ignorance institutionnelle dans la sphère économique, la compréhension des méthodes par lesquelles nous avons appris à surmonter cet obstacle furent effectivement le point de départ[10] des idées qui, dans le présent livre, vont être systématiquement appliquées à un domaine beaucoup plus large. Ce sera l'une de nos thèses principales, que la plupart des règles de conduite qui gouvernent nos actions, et la plupart des institutions qui se dégagent de cette régularité sont autant d'adaptations à l'impossibilité pour quiconque de prendre consciemment en compte tous les faits distincts qui composent l'ordre de la société. Nous verrons en particulier que la possibilité de la justice repose sur cette limitation inéluctable de notre connaissance des faits et que, par conséquent, la compréhension profonde de la nature de la justice est refusée à tous les constructivistes qui raisonnent habituellement à partir d'une présomption d'omniscience.

Une autre conséquence de ce fait fondamental que nous avons à souligner ici est celle-ci : dans les petits groupes de la société primitive, et seulement là, la collaboration entre les membres du groupe peut reposer en gros sur le fait qu'à tout moment ils ont plus ou moins

connaissance des mêmes circonstances particulières. Quelques sages peuvent être plus habiles à interpréter les circonstances immédiatement perçues, ou se rappeler des choses vues en des endroits éloignés inconnus des autres. Mais les événements concrets que les individus rencontrent dans leurs entreprises quotidiennes seront très semblables pour tous, et ils agiront de concert parce que les événements qu'ils connaissent et les objectifs qu'ils poursuivent sont plus ou moins les mêmes.

La situation est totalement différente dans la Grande[11] Société, ou Société Ouverte, où des millions d'hommes réagissent les uns sur les autres, et où s'est développée la civilisation telle que nous la connaissons. L'économie a depuis longtemps mis en lumière la « division du *travail* » qu'implique cette situation. Mais elle a beaucoup moins souligné la fragmentation de la *connaissance*, moins insisté sur le fait que chaque membre de la société ne peut avoir qu'une mince fraction de la connaissance possédée par l'ensemble, et que par conséquent chacun ignore la plupart des faits sur lesquels repose le fonctionnement de la société. Et pourtant, c'est la mise en œuvre de beaucoup plus de connaissances que chacun n'en peut détenir — et par conséquent le fait que chacun se meut au sein d'une structure cohérente dont presque tous les déterminants sont inconnus de lui — qui constitue le trait distinctif de toutes les civilisations avancées.

Dans la société civilisée, ce n'est en vérité pas tant le savoir plus étendu qu'il est possible à l'individu d'acquérir, que le fait de bénéficier plus largement du savoir des autres, qui le met en mesure de poursuivre une gamme d'objectifs infiniment plus étendue que la simple satisfaction de ses besoins physiques les plus pressants. En réalité, un individu « civilisé » peut être très ignorant, plus ignorant que maint sauvage, et néanmoins profiter grandement de la civilisation dans laquelle il vit.

L'erreur caractéristique des rationalistes constructivistes est, à cet égard, qu'ils ont tendance à fonder leur raisonnement sur ce qui a été appelé l'*illusion synoptique*, c'est-à-dire sur cette fiction que tous les faits à prendre en considération sont présents à l'esprit d'un même individu et qu'il est possible d'édifier, à partir de cette connaissance des données réelles de détail, un ordre social désirable. Parfois l'illusion est exprimée avec une naïveté désarmante par les enthousiastes d'une société délibérément planifiée; tel celui qui rêve de déve-

lopper « l'art de la pensée simultanée : l'aptitude à manier une multitude de phénomènes connexes dans le même instant, et de composer en un seul tableau à la fois les attributs qualitatifs et les attributs quantitatifs de ces phénomènes »[12]. Ils paraissent ne pas s'apercevoir le moins du monde que ce rêve suppose tout simplement résolu le problème central que soulève tout effort pour comprendre ou pour modeler l'ordre de la société : notre incapacité à rassembler en un tout assimilable toutes les données qui entrent dans l'ordre social. Quoi qu'il en soit, tous ceux que fascinent les beautés des plans issus de cette façon de voir, parce qu'ils sont « si ordonnés, si lisibles, si faciles à comprendre »[13], sont les victimes de l'illusion synoptique et oublient que ces plans doivent leur apparente clarté au mépris délibéré du planificateur pour tous les faits qu'il ne connaît pas.

Connaissance des faits et science

La principale raison pour laquelle l'homme moderne est devenu si rebelle à l'idée que les limitations constitutives de son savoir opposent une barrière permanente à la possibilité d'une construction rationnelle de l'ensemble de la société réside dans sa confiance illimitée dans les pouvoirs de la science. Nous entendons tant parler du progrès rapide des connaissances scientifiques que nous en venons à imaginer qu'il n'y a plus que de simples limitations de connaissance vouées à disparaître rapidement. Pourtant, cette confiance repose sur une conception erronée des tâches et des pouvoirs de la science. C'est une erreur de croire que la science est une méthode pour obtenir la certitude de faits individuels et que le progrès de ses techniques nous permettra d'identifier et de manipuler tous les événements particuliers à notre guise.

En un certain sens, c'est une banalité de dire que notre civilisation consiste à faire reculer l'ignorance. Mais précisément parce que l'idée nous est familière, elle tend à nous dissimuler ce qu'elle contient de plus important : à savoir que la civilisation repose sur le fait que nous bénéficions tous de connaissances *que nous n'avons pas*. Et l'une des façons qu'a la civilisation de nous aider à tourner l'obstacle de la limitation de nos connaissances personnelles consiste à vaincre l'ignorance, non parce que nous acquérons plus de savoir, mais parce que nous mettons à profit un savoir qui est et reste émietté parmi les

individus. La limitation des connaissances qui nous occupe n'est donc pas une limitation que la science puisse surmonter. Contrairement à ce qu'on croit généralement, la science n'est pas connaissance de faits particuliers; et dans le cas des phénomènes très complexes, les pouvoirs de la science sont en outre restreints par l'impossibilité pratique d'identifier et mesurer tous les faits particuliers qu'il nous faudrait prendre en compte pour que ses théories nous permettent de prévoir des événements spécifiques. L'étude des phénomènes relativement simples du monde physique nous a parfois permis d'énoncer les relations déterminantes comme fonctions d'un petit nombre de variables faciles à mesurer; en conséquence, le progrès étourdissant des disciplines qui se consacrent à ces phénomènes a créé l'illusion qu'il en sera bientôt de même vis-à-vis de phénomènes plus complexes. Mais ni la science, ni aucune des techniques connues[14], ne nous débarrasse du fait qu'il n'y a pas d'esprit capable de prendre en compte, et donc d'utiliser pour une action délibérément dirigée, tous les faits particuliers qui sont connus par certains individus mais dont la totalité n'est connue par aucun.

A vrai dire, la science, qui s'efforce d'expliquer et de prédire des événements déterminés et réussit si bien à le faire dans le cas de phénomènes relativement simples (ou lorsqu'elle peut au moins isoler des « systèmes clos » relativement simples), la science rencontre la même barrière d'ignorance des faits lorsqu'elle en vient à appliquer ses théories à des phénomènes très complexes. Dans certains domaines, elle a élaboré d'importantes théories qui jettent une lumière très pénétrante sur le caractère général de certains phénomènes, mais ne fourniront jamais de prédiction sur des événements particuliers, ni même leur explication complète — simplement parce qu'il n'est jamais possible d'avoir toutes les données spéciales qu'il nous faudrait posséder, selon ces théories, pour parvenir à de telles conclusions concrètes. Le meilleur exemple en est la théorie darwinienne (ou néo-darwinienne) de l'évolution des organismes biologiques. S'il était possible d'identifier les faits particuliers qui dans le passé ont contribué à la sélection des formes distinctes qui sont apparues, cela nous fournirait une explication complète de la structure des organismes existants; semblablement, s'il était possible d'être certains de tous les faits particuliers qui agiront sur eux pendant une période déterminée, nous devrions être capables d'en prédire les développements. Mais,

bien entendu, nous ne serons jamais en mesure de faire ni l'un ni l'autre, parce que la science n'a aucun moyen de s'assurer la connaissance de tous les faits particuliers qui lui serait nécessaire pour réaliser une telle prouesse.

Il y a une autre fausse conception connexe, à propos du but et du pouvoir de la science, qu'il est utile aussi de mentionner maintenant. C'est l'idée que la science n'a d'intérêt que de savoir ce qui existe, et non ce qui pourrait être. Or, la valeur de la science réside largement en ce qu'elle nous dit ce qui arriverait si certains faits étaient autres que ce qu'ils sont. Toutes les énonciations de la science théorique ont la forme : « si..., alors... », et elles sont surtout intéressantes dans la mesure où les données que nous insérons sous la clause « si... » diffèrent de celles qui existent en fait.

Peut-être cette conception erronée n'a-t-elle nulle part été plus importante que dans la science politique, où elle paraît être devenue un grave obstacle à la prise en considération sérieuse des problèmes réellement importants. Ici, l'idée fausse que la science est simplement la compilation de faits observés a conduit à cantonner la recherche dans le constat de ce qui est. Alors que la valeur principale de *toute* science est de nous dire quelles conséquences découleraient de situations en partie différentes de ce qu'elles sont.

Le fait qu'un nombre croissant de praticiens des sciences sociales se confinent dans l'étude de ce qui existe en telle ou telle partie du système social ne rend nullement leurs conclusions plus réalistes; et il les rend largement inadéquates pour les décisions concernant l'avenir. Une science sociale féconde doit être largement une étude de ce qui *n'est pas* : une construction de modèles hypothétiques, pour des mondes qui seraient possibles si certaines conditions modifiables se trouvaient changées. Nous avons besoin d'une théorie scientifique principalement pour nous dire ce que seraient les effets d'une situation où certaines conditions seraient ce qu'elles n'ont jamais été jusqu'à présent. Toute connaissance scientifique est connaissance non pas de faits particuliers, mais d'hypothèses qui jusqu'à nouvel ordre ont résisté à tous les essais systématiques de réfutation.

L'évolution corrélative de l'esprit et de la société : le rôle des règles

Les erreurs du rationalisme constructiviste sont étroitement liées au dualisme cartésien, c'est-à-dire à la conception d'une substance spirituelle existant à part, qui se tient hors du monde ordonné de la nature et qui a rendu l'homme, ainsi doté d'esprit dès le début, capable de façonner les institutions de la société et de la culture au sein desquelles il vit. La réalité, évidemment, est que cet esprit est une adaptation à l'environnement naturel et social dans lequel l'homme vit, et qu'il s'est développé en constante interaction avec les institutions qui déterminent la structure de la société. L'esprit est tout autant le produit de l'environnement social dans lequel il a grandi et qu'il n'a point fait, que quelque chose qui à son tour a agi sur ces institutions et les a modifiées. C'est le résultat de ce que l'homme s'est développé en société et a acquis les habitudes, et appris les pratiques, dont l'effet augmentait les chances de survie du groupe dans lequel il vivait. La conception d'un esprit déjà complètement développé, ayant conçu les institutions qui rendaient la vie en société possible, est contraire à tout ce que nous savons de l'évolution de l'homme.

L'héritage culturel dans lequel l'homme est né consiste en un complexe de pratiques et de règles de conduite qui ont prévalu parce qu'elles réussissaient à un groupe d'hommes ; on ne les a pas adoptées parce qu'on savait qu'elles produiraient les effets désirés. L'homme a agi avant qu'il ne pensât, et non pas compris avant d'agir. Ce que nous appelons comprendre est, en dernier ressort, la capacité de répondre à l'environnement avec un schéma d'actions qui aident à subsister. Tel est le petit noyau de vérité dans le behaviorisme et le pragmatisme; doctrines, toutefois, qui ont si grossièrement simplifié les relations déterminantes qu'elles gênent leur compréhension plutôt qu'elles ne la facilitent.

« Apprendre par expérience », chez les hommes non moins que chez les animaux, est un processus qui ne débute pas par un raisonnement, mais d'abord par l'observance, la diffusion, la transmission et le développement de pratiques, qui ont prévalu parce qu'elles réussissaient; cette réussite n'étant, le plus souvent, pas de procurer un avantage discernable à l'individu qui agissait, mais plutôt d'accroître

les chances de survie du groupe auquel il appartenait[15]. Dans le cas des hommes, le résultat de ce processus ne sera pas une connaissance exprimable, bien que nous puissions la décrire en termes de règles : l'homme ne peut traduire par des mots ce qu'il sait, il est simplement capable de s'y conformer en pratique. L'esprit ne fabrique point tant des règles qu'il ne se compose de règles pour l'action; c'est-à-dire d'un complexe de règles qu'il n'a pas faites mais qui ont fini par gouverner l'action des individus parce que, lorsqu'ils les appliquaient, leurs actions s'avéraient plus efficaces, mieux réussies que celles d'individus ou de groupes concurrents[16].

Il n'y a au commencement pas de distinction entre les pratiques qu'il faut observer pour atteindre un certain résultat et les pratiques auxquelles on doit obéir. Il existe une seule manière établie de faire les choses, il n'y a point de distinction entre connaître la cause et l'effet, ou connaître la façon d'agir appropriée ou permise. La connaissance du monde est la connaissance de ce quelqu'un doit faire ou ne pas faire dans certaines circonstances. Et pour éviter le danger, il est aussi important de savoir ce qu'il ne faut jamais faire que de savoir ce qu'il faut faire pour atteindre un certain résultat.

Ces règles de conduite ne se sont donc pas développées comme des conditions reconnues pour la réalisation d'une intention connue, elles se sont épanouies parce que les groupes qui les pratiquaient prospéraient davantage que les autres et les refoulaient. C'étaient les règles qui, étant donné le genre de milieu où l'homme vivait, garantissaient qu'un plus grand nombre des groupes ou des individus qui les observaient pourrait survivre. Le problème de se conduire fructueusement dans un monde dont l'homme ne connaissait qu'une partie fut ainsi résolu en adhérant à des règles qui lui avaient réussi, mais qu'il ne connaissait et ne pouvait *connaître* au sens cartésien du mot. Il y a ainsi deux attributs de ces règles qui gouvernent la conduite des hommes et la font apparaître intelligente, attributs que nous aurons à souligner pleinement, parce que le point de vue constructiviste dément implicitement qu'il soit rationnel d'observer ces règles. Bien entendu, dans la société évoluée seules certaines règles sont de cette espèce; ce que nous voulons faire ressortir, c'est simplement que, même dans de telles sociétés avancées, leur ordre sera en partie dû à de telles règles.

Le premier attribut que la plupart des règles de conduite possé-

daient originellement est qu'elles sont observées dans l'action sans être connues de l'acteur sous forme de mots (« verbalisées » ou explicites). Elles se manifesteront dans une régularité d'action, qui peut être explicitement décrite, mais cette régularité d'action ne résulte pas de ce que les personnes qui agissent soient capables de les exprimer ainsi. Le second attribut est que de telles règles viennent à être observées par le fait qu'elles confèrent au groupe qui les pratique une puissance supérieure, et non pas parce que cette conséquence est prévue par ceux que ces règles guident. Bien que de telles règles finissent pas être généralement acceptées parce que leur application produit certains effets, elles ne sont pas obéies avec l'intention de produire ces effets-là — effets que la personne agissante peut aussi bien ignorer.

Nous ne pouvons examiner ici la difficile question de savoir comment les hommes peuvent apprendre les uns des autres de telles règles de conduite — souvent fort abstraites — par l'exemple et l'imitation (ou « par analogie »), alors cependant que ni ceux qui donnent l'exemple, ni ceux qui apprennent d'eux, ne sont nécessairement conscients de l'existence de règles qu'ils observent néanmoins strictement. Ce problème nous est surtout familier dans l'apprentissage du langage par les enfants, qui sont capables d'énoncer correctement des expressions fort compliquées qu'ils n'ont jamais entendues auparavant[17]; mais nous le rencontrons aussi dans les domaines, par exemple, des manières, de la morale et du droit, et dans la plupart des arts manuels où nous sommes guidés par des règles que nous savons appliquer mais que nous sommes incapables d'énoncer.

Le point important est que tout homme qui grandit dans une culture donnée trouvera en lui-même des règles — ou peut découvrir qu'il agit en accord avec des règles — et reconnaîtra semblablement que les actions des autres sont conformes ou non conformes à diverses règles. Ceci, bien entendu, ne prouve ni qu'elles soient permanentes ou fassent inaltérablement partie de la « nature humaine », ni qu'elles soient innées, mais seulement qu'elles font partie d'un héritage culturel qui a des chances d'être assez constant, en particulier aussi longtemps qu'elles ne sont pas formulées en mots et, par conséquent, ne sont pas discutées ou examinées consciemment.

La fausse dichotomie du « naturel » et de « l'artificiel »

La discussion des problèmes qui nous occupent a longtemps été entravée par l'acceptation universelle d'une distinction mal venue qui fut introduite par les Anciens grecs, et dont les effets déroutants n'ont pas complètement cessé de nous gêner. C'est la division des phénomènes entre ceux qui, dans notre langage moderne, sont dits « naturels » et ceux dits « artificiels ». Les termes grecs d'origine, qui semblent avoir été introduits par les sophistes du ve siècle avant J.-C., étaient *physei*, qui signifie « par nature » et, en contraste avec cela, soit *nomō*, que rend au mieux « par convention », soit *thesei* qui signifie en gros « par décision délibérée »[18]. L'emploi de deux termes au sens un peu différent pour exprimer la deuxième partie de la division indique la confusion qui a pesé sur la discussion depuis lors. La distinction avancée peut être soit entre des objets qui existaient indépendamment et des objets qui étaient le produit de l'*action* humaine, soit entre des objets qui se présentaient indépendamment d'un *dessein* humain et ceux qui en étaient le résultat. Pour avoir manqué à distinguer entre les deux significations, on a débouché sur une situation où tel auteur pouvait soutenir, à l'égard d'un phénomène donné, qu'il était artificiel parce que résultant d'une action humaine, tandis qu'un autre pouvait décrire le même phénomène comme naturel parce qu'il n'était évidemment pas le résultat d'un dessein d'homme. Ce fut seulement au XVIIIe siècle que des penseurs comme Bernard Mandeville et David Hume mirent en lumière le fait qu'il existe une catégorie de phénomènes qui, selon celle des deux définitions qu'on adoptait, pouvaient tomber tantôt dans l'une et tantôt dans l'autre des catégories anciennes; et que par conséquent il fallait créer une troisième classe distincte de phénomènes, qui furent plus tard décrits par Adam Ferguson comme « résultant de l'action de l'homme mais non de son dessein »[19]. De tels phénomènes requéraient pour leur explication un corps distinct de théorie, et ils devinrent l'objet des sciences sociales théoriques.

Mais pendant les plus de deux mille ans où la distinction introduite par les Anciens grecs a régné sur la pensée presque sans conteste, elle s'est profondément enracinée dans les concepts et le langage. Au IIe siècle de notre ère un grammairien latin, Aulu-Gelle, traduisit

les mots grecs *physei* et *thesei* par *naturalis* et *positivus*, d'où la plupart des langues européennes ont dérivé les mots pour distinguer deux types de droit[20].

Il intervint plus tard un développement prometteur dans la discussion de ces questions par les scolastiques du Moyen Age, qui les conduisit fort près de la reconnaissance d'une catégorie intermédiaire de phénomènes qui étaient « le résultat d'actions de l'homme mais non d'un dessein humain ». Au XIIe siècle, certains de ces écrivains avaient commencé à inclure sous *naturalis* tout ce qui n'était pas le résultat de l'invention humaine ou d'une création délibérée[21]; et dans le cours du temps, il devint de plus en plus reconnu que beaucoup de phénomènes sociaux entraient dans cette catégorie. De fait, dans la discussion des problèmes de société par les derniers des scolastiques, les jésuites espagnols du XVIe siècle, *naturalis* devint un terme technique pour tels phénomènes sociaux qui n'étaient pas délibérément modelés par la volonté humaine. Dans l'œuvre de l'un d'entre eux, Luis Molina, il est par exemple expliqué que le « prix naturel » est ainsi appelé parce qu'il « résulte de la chose même sans égard aux lois et décrets, mais qu'il dépend de maintes circonstances qui le modifient, telles que les sentiments des gens, leur estimation des différents usages, souvent même selon les humeurs et plaisirs »[22]. En vérité, ces ancêtres à nous pensaient et « agissaient sous une forte impression de l'ignorance et de la faillibilité du genre humain »[23] et, par exemple, soutenaient que le « prix mathématique » précis auquel une marchandise pouvait être justement vendue n'était connu que de Dieu seul, parce qu'il dépendait de plus de circonstances que n'en pouvait connaître un seul homme; et que, par conséquent, la détermination du « juste prix » doit être laissée au marché[24].

Ces débuts d'une façon de voir évolutionniste furent submergés, néanmoins, aux XVIe et XVIIe siècles par la montée du rationalisme constructiviste, et il en résulta que les deux termes de « raison » et de « loi naturelle » changèrent complètement de signification. La « raison », qui avait inclus la capacité de l'esprit humain à distinguer entre le bien et le mal, c'est-à-dire entre ce qui était et n'était pas en accord avec les règles établies[25], en vint à signifier la capacité de construire de telles règles par déduction en partant de prémisses explicites. La conception de la loi naturelle fut ainsi changée en celle de la « loi

de raison » et ainsi presque en l'opposé de ce qu'elle avait été. Cette nouvelle loi de nature rationaliste, celle de Grotius et de ses successeurs[26], en fait, partageait avec ses antagonistes positivistes l'idée que toute loi était faite par raison ou pouvait, au moins, être pleinement justifiée par raison; ils ne différaient d'avec eux qu'en ce qu'ils présumaient que le droit pouvait être logiquement déduit de prémisses *a priori*, tandis que le positivisme regardait le droit comme une construction délibérée, basée sur la connaissance empirique des conséquences qu'il aurait sur la réalisation d'objectifs humains désirables.

Le développement de l'optique évolutionniste

Après la rechute cartésienne dans la façon anthropomorphique de réfléchir à ces sujets, un nouveau départ fut pris avec Bernard Mandeville et David Hume. Ils s'inspirèrent probablement davantage de la *Common Law* anglaise, spécialement telle que l'exposa Matthew Hale, que de la loi de nature[27]. On en venait de plus en plus à penser que la formation de types réguliers de relations humaines qui n'étaient pas le but conscient d'actions humaines soulevait un problème qui nécessiterait le développement d'une théorie sociale systématique. La réponse à ce besoin fut fournie pendant la seconde moitié du XVIIIe siècle dans le domaine économique par les philosophes moralistes écossais, conduits par Adam Smith et Adam Ferguson, cependant que les conséquences à en tirer pour la théorie politique recevaient leurs magnifiques formulations du grand visionnaire Edmund Burke, encore que l'on chercherait vainement dans son œuvre une théorie systématique. Mais alors qu'en Angleterre ce mouvement subissait un nouveau recul par l'intrusion du constructivisme sous la forme de l'utilitarisme de Bentham[28], il prit une nouvelle vitalité sur le continent grâce aux « écoles historiques » de linguistique et de droit[29]. Après que les philosophes écossais eurent ouvert la voie, le développement systématique de l'analyse évolutionniste des phénomènes sociaux eut lieu principalement en Allemagne à travers Wilhelm von Humboldt et F. C. von Savigny. Nous ne pouvons étudier ici ce développement dans la linguistique, bien que pendant longtemps elle ait été le seul domaine, hormis celui de l'économie, où s'élabora une théorie cohérente; néanmoins, le fait que la théorie du droit ait été, depuis l'époque romaine, fertilisée par des concepts empruntés

aux grammairiens mériterait d'être mieux compris[30]. Dans les sciences sociales, ce fut par le disciple de Savigny, Sir Henri Maine[31], que l'analyse évolutionniste retrouva place dans la tradition anglaise. Et sur le continent, ce fut Carl Menger, le fondateur de l'Ecole économique autrichienne, qui reformula de façon très complète la position centrale, pour toutes les sciences sociales, du problème de la formation spontanée des institutions et de son caractère génétique, dans sa grande étude récapitulative de 1883 sur les méthodes des sciences sociales. Dans les derniers temps la tradition a été très fructueusement développée par l'anthropologie culturelle, dont au moins quelques-unes des personnalités marquantes ont pleinement conscience de cette filiation[32].

Comme la conception évolutionniste jouera un rôle central tout au long de notre discussion, il importe de dissiper certains malentendus qui, récemment, ont fait que les gens qui étudient la société hésitent à l'employer. Il y a d'abord la croyance erronée que c'est une conception empruntée par les sciences sociales à la biologie. Ce fut en réalité l'inverse, et si Charles Darwin a su appliquer avec succès à la biologie un concept qu'il avait largement reçu des sciences sociales, cela ne rend pas ce concept moins important dans le domaine où il avait pris naissance. C'est dans la discussion de formations sociales telles que le langage et la morale, le droit et la monnaie, qu'au cours du XVIIIe siècle les conceptions jumelles de l'évolution et de la formation spontanée d'un ordre furent enfin clairement formulées, fournissant ainsi à Darwin et ses contemporains les outils intellectuels qu'ils purent appliquer à l'évolution biologique. Ces philosophes moralistes du XVIIIe siècle et les écoles historiques du droit et du langage peuvent bien être nommés — comme certains des théoriciens du langage du XIXe se sont eux-mêmes décrits — des darwiniens avant Darwin[33].

Un sociologue du XIXe siècle qui avait besoin que Darwin lui enseignât l'idée de l'évolution n'était pas digne d'attention. Malheureusement certains en avaient besoin, et avancèrent des opinions qui, sous le nom de « darwinisme social », ont depuis lors été responsables de la méfiance avec laquelle les praticiens des sciences sociales ont considéré le concept d'évolution. Il y a évidemment d'importantes différences entre la façon dont opère le processus de sélection dans la transmission culturelle qui conduit à la formation des institutions

sociales, et dans la sélection des caractères biologiques innés et leur transmission par héritage physiologique. L'erreur du « social-darwinisme » fut de se concentrer sur la sélection des individus plutôt que celle des institutions et des pratiques, et sur la sélection des aptitudes innées des individus plutôt que sur celle des aptitudes transmises culturellement. Mais bien que le schéma de la théorie darwinienne ait seulement une portée limitée sur ces dernières et que son emploi littéral conduise à de graves distorsions, la conception de base de l'évolution est la même dans les deux domaines.

L'autre grave malentendu, qui a occasionné le discrédit de la théorie de l'évolution sociale, est la croyance que la théorie de l'évolution consiste en « lois de l'évolution ». Cela n'est vrai, au plus, que dans un sens spécial du mot « loi », et ce n'est certainement pas vrai, quoi qu'on le pense souvent, dans le sens de la constatation d'une séquence nécessaire de stades ou de phases par lesquels devrait passer le processus d'évolution, séquence qui par voie d'extrapolation conduit à prédire un cours déterminé pour l'évolution. La théorie de l'évolution proprement dite ne fournit rien de plus que la description d'un processus dont le résultat dépendra d'un très grand nombre de faits particuliers, bien trop nombreux pour que nous les connaissions en totalité et, par conséquent, ne conduit pas à des prédictions quant à l'avenir. Nous sommes donc réduits aux « explications du principe » ou à des énonciations sur le seul schéma abstrait que le processus devra suivre[34].

Les prétendues lois de l'évolution générale que l'on suppose tirer de l'observation n'ont en réalité rien de commun avec la légitime théorie de l'évolution qui rend compte du processus. Elles dérivent des conceptions radicalement différentes de l'historicisme de Comte, Hegel et Marx, et de leur vision holiste ; elles affirment une nécessité purement mystique, poussant l'évolution dans un certain sens prédéterminé. Quoiqu'il faille admettre que le sens originel du terme « évolution » se réfère à un tel « déroulement » de potentialités déjà contenues dans le germe, le processus par lequel la théorie tant biologique que sociale de l'évolution explique l'apparition de diverses structures complexes n'implique pas une telle succession d'étapes spéciales. Ceux pour qui le concept d'évolution implique de nécessaires séquences de « stades » ou de « phases » prédéterminés, par lesquels le développement d'un organisme ou d'une institution sociale doit

passer, sont du fait même fondés à rejeter une telle conception de l'évolution, pour laquelle il n'existe aucun support scientifique.

Nous mentionnerons ici brièvement, sans plus, que les fréquents essais pour utiliser l'idée d'évolution, non pas seulement pour expliquer l'apparition de règles de conduite, mais aussi comme base d'une science normative de l'éthique, n'ont pas non plus de fondement dans la théorie authentique de l'évolution, mais relèvent de ces extrapolations de tendances observées en des « lois de l'évolution » pour lesquelles il n'y a pas de justification. Il est nécessaire de le dire ici, parce que certains biologistes de premier plan qui certainement comprennent ce qu'est l'authentique théorie de l'évolution, ont été tentés d'admettre de telles assertions[35]. Notre souci est simplement, ici, de montrer que de tels abus du concept d'évolution dans des matières telles que l'anthropologie, l'éthique, et aussi le droit, abus qui l'ont discrédité pour un temps, étaient basés sur une fausse interprétation de la nature de la théorie de l'évolution; et que, si on prend cette dernière dans son sens véritable, elle affirme à bon droit que les structures complexes spontanément formées, dont s'occupe la théorie sociale, ne peuvent être comprises que comme le résultat d'un processus d'évolution; et que, par conséquent, en ce domaine « l'élément génétique est inséparable de l'idée de sciences théoriques »[36].

La persistance du constructivisme dans la pensée courante

Il est malaisé d'évaluer pleinement dans quelle mesure l'illusion constructiviste a, pendant les trois cents dernières années, déterminé l'attitude de beaucoup d'entre les penseurs les plus indépendants et courageux. Le rejet des récits par lesquels la religion expliquait la source et les fondements de la validité des règles traditionnelles de la morale et du droit conduisait au rejet de ces règles mêmes, dans la mesure où elles ne pouvaient être justifiées rationnellement. C'est à leur succès dans cette « libération » de l'esprit humain que nombre de penseurs célèbres de cette époque doivent leur réputation. Nous ne pouvons illustrer ce fait ici qu'en citant quelques cas les plus caractéristiques, pris presque au hasard[37].

L'un des plus connus est, évidemment, Voltaire, dont les vues sur le sujet auquel nous nous consacrons principalement se trouvent exprimées dans cette exhortation : « Si vous voulez de bonnes lois,

brûlez celles que vous avez et faites-en de nouvelles »[38]. Plus grande encore fut l'influence qu'exerça Jean-Jacques Rousseau, de qui l'on a fort bien dit[39] que, pour lui :

« Il n'y avait même point de loi, en dehors des lois voulues par les hommes vivants — c'était là son hérésie majeure à plusieurs points de vue, y compris le chrétien; ce fut aussi sa plus importante affirmation en théorie politique... Ce qu'il fit, et cela était suffisamment révolutionnaire, fut de saper la foi de nombreuses gens dans la justice de la société dans laquelle ils vivaient. »

Et il fit cela en demandant que la « société » fût juste comme si elle eût été un être pensant.

Le refus de reconnaître comme contraignante quelque règle de conduite que ce soit dont la justification n'aurait pas été rationnellement démontrée ou « rendue claire et démonstrative à tout individu »[40] devient, au XIXe siècle, un thème constamment répété. Deux exemples font voir cette attitude. Dans les premières années de ce siècle nous trouvons Alexander Herzen soutenant : « Vous voulez un livre de règles, alors que je pense que lorsqu'on atteint un certain âge on devrait être honteux d'en avoir besoin, (car) l'homme vraiment libre se crée sa propre moralité »[41]. Et tout à fait de la même manière, un distingué philosophe positiviste contemporain affirme que « le pouvoir de la raison ne doit pas être cherché dans des règles que la raison dicte à notre imagination, mais dans la capacité de nous libérer nous-même de toute espèce de règles auxquelles nous avons été conditionnés par expérience et par les traditions »[42].

La meilleure description de cet état d'esprit par un penseur représentatif de notre temps se trouve dans un récit de Lord Keynes, dans une allocution intitulée « Mes croyances initiales »[43]. Parlant en 1938 d'une époque antérieure de trente-cinq ans, lorsque lui-même en avait vingt, il dit de lui-même et de ses amis :

« Nous répudiions entièrement toute obligation qui nous ferait obéir à des règles générales. Nous affirmions avoir le droit de juger chaque cas sur ses mérites, ainsi que la sagesse, l'expérience et la maîtrise de soi nécessaires pour le faire convenablement. C'était là une part importante de notre foi, affirmée violemment et agressivement, et pour le monde extérieur c'était là notre caractéristique la plus évidente et la plus dangereuse. C'est-à-dire que nous étions, au sens strict du terme, des immoralistes... nous ne reconnaissions aucune obligation morale, ni sanction interne à laquelle nous conformer ou

obéir. A la face du Ciel nous revendiquions d'être notre propre juge dans notre propre affaire. » A quoi il ajouta : « En ce qui me concerne, il est trop tard pour changer. Je reste, et resterai toujours, un immoraliste. »

Pour quiconque a lui-même grandi avant la première guerre mondiale, il est évident que ce n'était pas là une attitude propre au groupe de Bloomsbury, mais qu'elle était largement répandue et partagée par nombre des esprits les plus actifs et indépendants de l'époque.

L'anthropomorphisme de notre langage

L'on voit combien largement la fausse interprétation constructiviste ou intentionnaliste a envahi notre pensée en matière de phénomènes sociaux, lorsque l'on considère le sens de plusieurs des mots dont nous devons nous servir pour en parler. En fait, la plupart des erreurs que nous aurons à contester tout au long de ce livre sont si profondément incorporées dans le langage qu'en se servant des termes établis celui qui n'y prend pas garde aboutit presque nécessairement à des conclusions fausses. Le langage, dont nous ne pouvons faire autrement que de nous servir, s'est formé dans le cours des millénaires où l'homme ne pouvait concevoir un ordre que comme le produit d'un dessein, et où il considérait comme preuve de l'action d'un acteur intentionnel toute espèce d'ordre qu'il découvrait dans les phénomènes naturels. Par suite, pratiquement tous les termes dont nous disposons pour décrire de telles structures ordonnées ou leur fonctionnement sont chargés de la connotation qu'elles ont été créées par un agent à caractère de personne. En raison de quoi ces termes orientent régulièrement vers des conclusions fausses.

Dans une certaine mesure, cela est vrai de tout vocabulaire scientifique. Les sciences physiques, non moins que la biologie ou la théorie sociale, ont dû faire usage de termes d'origine anthropomorphique. Mais le physicien qui parle de « force » ou « inertie », ou d'un corps qui « agit » sur un autre, emploie des termes dans un sens technique généralement compris et qui ne risque guère d'égarer. Mais parler de la société comme « agissant », cela évoque immédiatement des associations d'idées qui sont grosses de méprises.

Nous nous référerons généralement à cette propension en parlant

d'anthropomorphisme, bien que ce terme ne soit pas tout à fait approprié. Pour être plus exacts nous devrions distinguer entre l'attitude encore plus primitive qui *personnifie* des entités telles que la société en leur attribuant un esprit, et qui est proprement décrite comme *anthropomorphisme* ou *animisme*, et l'interprétation légèrement plus raffinée qui attribue leur ordre et leur fonctionnement au *dessein* de quelque agence distincte ; interprétation qui est mieux décrite par les mots *intentionnalisme*, *artificialisme*[44], ou, comme nous le faisons, *constructivisme*. Néanmoins, ces deux propensions se fondent l'une dans l'autre plus ou moins imperceptiblement, et pour nos objectifs nous emploierons généralement « anthropomorphisme » sans faire une plus fine distinction.

Etant donné que pratiquement tout le vocabulaire disponible pour la discussion des ordres spontanés dont nous nous occuperons souffre de telles connotations déroutantes, nous ne pouvons éviter d'être relativement arbitraires en décidant des mots que nous emploierons dans un sens strictement non anthropomorphique, et des mots que nous emploierons seulement si nous voulons noter qu'il y a intention ou dessein. Pour rester clairs, cependant, il est essentiel qu'à l'égard de plusieurs mots nous les utilisions, soit uniquement pour le résultat de constructions délibérées, soit uniquement pour les résultats d'une formation spontanée, mais non pas indifféremment pour l'une et l'autre espèce. Parfois, néanmoins, comme dans le cas du terme « ordre », nous serons obligés de l'employer en un sens neutre englobant aussi bien les ordres spontanés que les « organisations » et « arrangements ». Les deux derniers termes, que nous emploierons seulement pour les résultats du dessein, montrent bien le fait qu'il est aussi difficile de trouver des mots qui impliquent toujours un dessein que d'en trouver qui ne le suggèrent point. Le biologiste parlera généralement, sans hésitation, d'organisation sans impliquer de dessein, mais cela sonnerait bizarrement s'il disait, non pas qu'un organisme a une organisation, mais qu'il est une organisation ou qu'il a été organisé. Le rôle que le mot « organisation » a joué dans le développement de la pensée moderne en matière politique et la signification que lui attribue la moderne « théorie de l'organisation » semblent justifier, dans le présent contexte, que l'on restreigne sa signification aux seuls résultats du dessein.

Etant donné que la distinction entre un ordre fait et un ordre qui

se forme en conséquence de régularités dans les actions de ses éléments sera le sujet principal du prochain chapitre, nous n'avons pas besoin d'insister là-dessus davantage. Et, dans le deuxième tome, nous aurons à examiner assez longuement le caractère presque immanquablement déroutant du petit mot « social » qui, en raison de son caractère particulièrement élusif, porte la confusion dans presque toute assertion où il se trouve employé.

Nous découvrirons aussi les pièges que contiennent des notions courantes, telles que les révèlent les expressions suivantes : dire que la société « agit », ou qu'elle « traite » des personnes, les « récompense » ou les « rémunère »; qu'elle « évalue », qu'elle « possède », ou qu'elle « contrôle » des objets ou des services; qu'elle est « responsable » ou « coupable » de quelque chose; ou qu'elle a la « volonté », qu'elle « projette », qu'elle peut être « juste ou injuste »; que l'économie « distribue » ou qu'elle « affecte » des ressources... Tout cela a pour effet de suggérer une interprétation faussement intentionnaliste ou constructiviste, bien que les mots puissent n'avoir pas été employés avec une telle connotation; celui même qui s'en sert est presque inévitablement aiguillé vers des conclusions fautives. Nous verrons que ce genre de confusions est à la racine des conceptions fondamentales de très influentes écoles de pensée, qui ont été entièrement dominées par la croyance que toutes les règles ou lois doivent avoir été inventées ou explicitement convenues par quelqu'un. Or, à partir du moment où l'on commet l'erreur de croire que toutes les règles de juste conduite ont été faites par quelqu'un de façon délibérée, il devient plausible de soutenir des sophismes tels que : tout pouvoir de faire des lois est nécessairement arbitraire, ou : il faut toujours qu'existe une ultime source « souveraine » du pouvoir d'où découlent toutes les lois. Bien des impasses fort anciennes de la théorie politique, et bien des conceptions qui ont profondément affecté l'évolution des institutions politiques sont le produit de cette confusion. Cela est particulièrement vrai de la tradition qui, dans la théorie du droit, s'enorgueillit plus qu'aucune autre d'avoir complètement échappé aux conceptions anthropomorphiques, à savoir celle du droit positif; car, à l'examen, elle s'avère entièrement fondée sur ce que nous avons appelé l'illusion constructiviste. Elle est en fait l'une des principales séquelles du constructivisme rationaliste qui, en prenant à la lettre l'expression que l'homme a « créé » toute sa culture et ses institutions,

a été poussé à cette fiction : que toute loi est le produit de la volonté de quelqu'un.

Un autre terme dont l'ambiguïté a semblablement l'effet d'introduire la confusion dans la théorie sociale, et particulièrement dans certaines théories positivistes du droit, doit de ce fait être brièvement mentionné ici : c'est le terme « fonction ». C'est un mot dont on ne peut presque pas se passer en discutant de ces structures qui se perpétuent d'elles-mêmes et que nous rencontrons aussi bien dans les organismes biologiques que dans les ordres sociaux spontanés. Une fonction de ce genre peut être assurée par des acteurs qui ignorent quel est le service que rend leur action. Mais le caractère anthropomorphique de la tradition positiviste l'a conduite à une étrange déformation du réel : ayant découvert qu'une institution remplit une fonction, l'on a conclu que les personnes qui assurent cette fonction doivent forcément en recevoir l'ordre de quelqu'un d'autre. C'est ainsi que, de cette vue exacte que l'institution de la propriété privée remplit une fonction nécessaire au maintien de l'ordre spontané de la société, l'on est passé à cette croyance que, pour cela, il fallait qu'une quelconque autorité ait un pouvoir de direction. Cette opinion est même expressément consignée dans les constitutions de certains pays, rédigées sous l'inspiration positiviste.

Raison et abstraction

Les aspects de la tradition cartésienne que nous avons décrits sous le nom de constructivisme sont fréquemment mentionnés simplement comme le rationalisme; et ce peut être la source de malentendus. Par exemple, il est devenu habituel d'appeler « antirationalistes »[45] ses premiers critiques, notamment Bernard Mandeville et David Hume; ce qui a donné l'impression que ces « antirationalistes » étaient moins soucieux d'employer la raison le plus efficacement possible que ceux qui revendiquaient spécialement pour eux-mêmes le nom de rationalistes. Or, en fait, les prétendus antirationalistes soulignent que pour rendre la raison aussi efficace que possible il faut avoir conscience des limites du pouvoir de la raison, et de l'aide que nous recevons de processus qui échappent à notre attention; c'est cela qui fait défaut au rationalisme constructiviste. Par conséquent, si l'on entend par rationalisme le souci de rendre la

raison aussi efficace que possible, je suis moi-même un rationaliste. Si, toutefois, le terme signifie que la raison consciente devrait déterminer chaque action particulière, je ne suis pas rationaliste et un tel rationalisme me paraît fort déraisonnable. Sûrement, l'une des tâches de la raison est de décider jusqu'où elle doit pousser son contrôle, et dans quelle mesure elle doit s'en remettre à d'autres forces qu'elle ne peut complètement contrôler. Il est donc préférable, dans un tel contexte, de ne pas opposer rationalisme et anti-rationalisme, mais de distinguer entre le rationalisme constructiviste et l'évolutionniste ou, selon les termes de Karl Popper, entre un rationalisme naïf et un rationalisme critique.

Il y a relation entre l'ambiguïté du terme « rationalisme » et les opinions courantes relativement à l'attitude caractéristique du rationalisme vis-à-vis de l' « abstraction ». L'on se sert souvent même du mot pour désigner un penchant abusif à l'abstraction. Pourtant, la propriété caractéristique du rationalisme constructiviste est plutôt qu'il se méfie de l'abstraction — qu'il ne reconnaît pas les concepts abstraits comme un moyen d'affronter pratiquement la complexité du réel que notre esprit n'est pas capable de maîtriser pleinement. Le rationalisme évolutionniste, pour sa part, reconnaît les abstractions comme le moyen indispensable qui rend l'esprit capable de s'occuper d'une réalité qu'il ne peut entièrement comprendre. Cela est en rapport avec le fait que, dans l'optique constructiviste, l'abstraction est conçue comme une propriété exclusive de la pensée et des concepts conscients; tandis qu'en fait c'est une caractéristique présente dans tous les processus qui déterminent l'action, bien avant qu'ils n'apparaissent dans la pensée consciente ou qu'ils ne se traduisent dans le langage. Chaque fois qu'un *type* de situation réveille dans un individu une *tendance* à répondre selon un *schéma* d'actions déterminées, cette relation fondamentale qu'on désigne par le mot « abstrait » est présente. Il n'y a guère de doute que l'aptitude particulière d'un système nerveux central consiste précisément dans le fait que des stimuli définis ne suscitent pas directement des réponses définies; mais que certaines sortes et configurations de stimuli mobilisent certaines tendances à agir dans des sens voisins; et c'est uniquement la surimposition de nombreuses tendances de ce genre qui dégage finalement l'action précise qui interviendra. Cette « primauté de l'abstrait », comme je l'ai appelée ailleurs[46], sera tenue pour établie dans tout le présent livre.

L'abstraction sera ici considérée, donc, non seulement comme une propriété que présentent à un degré plus ou moins accentué tous les processus mentaux (conscients ou inconscients), mais comme la base de l'aptitude de l'homme à se mouvoir au mieux dans un monde très imparfaitement connu de lui — comme sa manière de s'adapter à son ignorance de la plupart des faits particuliers de son environnement. La raison principale de notre insistance sur les règles qui gouvernent nos actions est de mettre en lumière l'importance centrale du caractère abstrait de tous les processus mentaux.

Ainsi considérée, l'abstraction n'est pas quelque chose que l'esprit produit par des démarches logiques à partir de sa perception de la réalité, mais plutôt une propriété des catégories avec lesquelles il opère — non pas un produit de l'esprit, mais plutôt ce dont est constitué l'esprit. Nous n'agissons jamais, nous ne pourrions jamais agir, en pleine considération de tous les faits d'une situation donnée; nous agissons en triant certains de ses aspects retenus comme significatifs; non par choix conscient ou sélection délibérée, mais par un mécanisme sur lequel nous n'exerçons pas de contrôle délibéré.

Il sera peut-être clair maintenant que notre insistance constante sur le caractère non rationnel de beaucoup de nos actions n'a pas pour intention de minimiser ou de critiquer cette façon d'agir, mais au contraire de mettre en relief l'une des raisons qui la rendent efficace; non pas pour suggérer que nous devrions essayer de comprendre pleinement pourquoi nous faisons ce que nous faisons, mais de montrer que cela n'est pas possible et que nous avons à notre service une si riche expérience, non parce que nous possédons cette expérience mais parce que, sans que nous le sachions, elle s'est incorporée dans les schémas de pensée qui nous conduisent.

Il y a deux fausses interprétations de la position prise qu'il nous faut essayer de prévenir. L'une dérive du fait que l'action qui est guidée par des règles dont nous n'avons pas conscience est souvent décrite comme « instinctive » ou comme « intuitive ». Il n'y a pas grand mal à redouter de ces mots, sauf que l'un et l'autre — mais surtout « intuitif » — se rapportent habituellement à la perception de ce qui est particulier et relativement concret, alors que ce qui nous occupe ici ce sont les capacités qui donnent aux actions posées leurs propriétés très générales ou abstraites. Tel qu'on l'emploie communément, le terme « intuitif » suggère un attribut que ne présentent pas

les règles abstraites que nous suivons dans nos actions, et pour ce motif il vaut mieux ne pas l'utiliser.

L'autre fausse interprétation possible de notre position est l'impression que l'accent que nous plaçons sur le caractère non conscient de beaucoup de règles qui gouvernent nos actions se rattache à la conception d'un esprit inconscient ou subconscient qui est à la base des théories de la psychanalyse ou de la « psychologie des profondeurs ». Mais bien que dans une certaine mesure les deux points de vue puissent viser à expliquer les mêmes phénomènes, ils sont en fait totalement distincts. Nous n'emploierons pas — et en fait nous considérons comme injustifiée et fausse — l'entière conception d'un esprit inconscient qui ne diffère de l'esprit conscient qu'en ce qu'il est inconscient, mais qui sous tous les autres rapports opère de la même façon rationnelle, orientée par l'intention, selon laquelle opère l'esprit conscient. Il n'y a rien à gagner à postuler une telle entité mystique, ou à attribuer aux diverses propensions ou règles, dont l'ensemble produit cet ordre complexe appelé esprit, aucune des propriétés que possède l'ordre résultant. La psychanalyse semble à cet égard avoir créé un autre fantôme qui à son tour est supposé gouverner ce que le dualisme cartésien imagine comme « l'esprit dans la machine »[47].

Pourquoi les formes extrêmes du rationalisme constructiviste mènent régulièrement à une révolte contre la raison

En conclusion de ce chapitre introductif, quelques observations ont leur place concernant un phénomène qui déborde du champ de ce livre mais dont l'importance est considérable pour comprendre ses objectifs immédiats. Nous voulons parler du fait que le rationalisme constructiviste, qui ne connaît aucune limite aux emplois de la raison consciente, a plusieurs fois dans l'histoire donné naissance à une révolte contre la raison. A vrai dire, ce processus dans lequel une surestimation des pouvoirs de la raison conduit, à travers la désillusion, vers une réaction violente contre l'autorité de guide conférée à la raison abstraite et vers l'apologie des pouvoirs de la volonté individuelle n'est nullement paradoxal mais presque inévitable.

L'illusion qui conduit régulièrement les rationalistes constructivistes à introniser la volonté consiste dans la croyance que la raison

peut transcender le domaine de l'abstrait et qu'elle est par elle-même capable de déterminer la désirabilité d'actions déterminées. Pourtant, c'est toujours uniquement en combinaison avec des mobiles particuliers, non rationnels, que la raison peut déterminer ce qu'il y a lieu de faire, et sa fonction est essentiellement d'agir comme un frein sur les émotions, ou de piloter l'action dont le moteur est fourni par d'autres facteurs. L'illusion que la raison seule peut nous dire ce que nous devrions faire et que par conséquent tous les hommes raisonnables devraient être capables de se joindre en un effort en vue d'obtenir des résultats communs comme membres d'une organisation, cette illusion est promptement dissipée lorsque nous tentons de l'appliquer pratiquement. Mais le désir de nous servir de la raison pour transformer la société en une seule machine rationnellement dirigée persiste; et, pour y parvenir, l'on impose à tous des fins communes que la raison ne justifie pas et qui ne peuvent être rien de plus que les décisions de volontés particulières.

La révolte rationaliste contre la raison, s'il nous est permis de l'appeler ainsi, est d'habitude dirigée contre le caractère abstrait de la pensée. L'on ne veut pas admettre que toute pensée doit forcément rester abstraite à des degrés divers et que par conséquent elle ne peut jamais par elle-même définir pleinement des actions particulières. La raison est seulement une discipline, une intelligence des possibilités limitées de l'action réussie, qui souvent ne nous dira que ce qu'il ne faut pas faire. Cette discipline est nécessaire précisément parce que notre intellect n'est pas capable d'embrasser la réalité dans toute sa complexité. Bien que l'abstraction élargisse la sphère des phénomènes que nous pouvons maîtriser intellectuellement, elle ne le fait qu'en limitant le degré auquel nous pouvons prévoir les effets de nos actions, et par conséquent aussi en limitant à certains aspects généraux le degré auquel nous pouvons modeler le monde selon nos préférences. Pour cette raison, le libéralisme borne le contrôle délibéré sur l'ordre d'ensemble de la société à la sanction des règles générales qui sont nécessaires à la formation d'un ordre spontané, dont nous ne pouvons prévoir les détails.

Personne peut-être n'a vu ce lien, entre le libéralisme et la compréhension des pouvoirs limités de la pensée abstraite, plus clairement que cet ultra-rationaliste qui est devenu la source maîtresse de la plus grande part de l'irrationalisme moderne et du totalitarisme,

G. W. F. Hegel. Lorsqu'il écrivit que « la conception qui se tient ferme à l'abstrait est le *libéralisme*, sur lequel le concret l'emporte toujours et qui toujours succombe dans sa lutte contre le concret »[48], il a effectivement décrit le fait que nous ne sommes pas encore assez mûrs pour nous plier pendant quelque durée à la stricte discipline de la raison et que nous laissons toujours nos émotions échapper à ses entraves.

Se fonder sur l'abstrait n'est donc pas la marque d'une surestimation des pouvoirs de la raison, mais au contraire de la connaissance de ses limites. La surestimation des pouvoirs de la raison conduit, elle, à la révolte contre la soumission aux règles abstraites. Le constructivisme rationaliste rejette l'idée de soumettre la raison à cette discipline-là, parce qu'il s'imagine que la raison est capable de s'assurer de tous les détails d'une situation; il est ainsi conduit à préférer le concret à l'abstrait, le particulier au général, parce que ses adeptes ne voient pas combien ils en arrivent à limiter le champ du véritable contrôle rationnel. La vaine démesure de la raison, son *hybris*, se manifeste en ceux-là qui croient pouvoir se dispenser de l'abstraction et parvenir à la pleine connaissance du concret, maîtrisant ainsi positivement le processus social. Le désir de remodeler la société sur l'image de l'homme individuel — désir qui depuis Hobbes a dominé la théorie politique rationaliste, et qui attribue à la Grande Société des facultés que seuls possèdent les individus ou des organisations délibérément créées par eux — conduit à entreprendre non pas simplement d'être rationnel, mais de rendre rationnelles toutes choses. Bien que nous devions nous efforcer de rendre la société bonne, si nous entendons par là que nous puissions aimer y vivre, nous ne pouvons la rendre bonne au sens de la faire se comporter moralement. Il est absurde d'appliquer les critères du comportement conscient aux conséquences non voulues de l'action individuelle, dont est fait tout le social véritable; ou alors nous devons éliminer tout ce qui n'est pas intentionnel — et cela voudrait dire éliminer tout ce que nous appelons culture.

La Grande Société et la civilisation qu'elle a rendu possible sont le produit de la capacité croissante de l'homme de communiquer la pensée abstraite; et lorsque nous disons que tout ce que les hommes ont en commun, c'est leur raison, nous entendons par là leur commune aptitude à la pensée abstraite. Parce que l'homme se sert de

cette aptitude largement sans savoir explicitement les principes abstraits qui le guident, et ne comprend pas toutes les raisons de se laisser ainsi guider, il en est résulté une situation où la surestimation des pouvoirs de la raison dont l'homme a conscience le conduit à mépriser cela même qui a rendu la raison si puissante : son caractère abstrait. Le fait d'avoir manqué à reconnaître que les abstractions aident notre raison à aller plus loin qu'elle n'aurait pu en essayant de maîtriser tout le particulier a provoqué l'apparition d'une légion d'écoles philosophiques hostiles à la raison abstraite : philosophies du « concret », de la « vie » et de « l'existence », qui vantent l'émotion, le particulier et l'instinctif — et qui n'ont que trop penchant à appuyer le genre d'émotion qu'évoquent la race, la nation et la classe.

C'est ainsi que le constructivisme rationaliste, en cherchant à soumettre tout au contrôle de la raison, en donnant la préférence au concret et en refusant de se plier à la discipline de règles abstraites, se trouve marcher main dans la main avec l'irrationalisme. Construire n'est possible qu'au service de fins particulières qui, en dernier ressort, ne peuvent être que non rationnelles et sur lesquelles aucune discussion rationnelle ne peut conduire à un accord s'il n'est déjà présent au point de départ.

2

« KOSMOS » ET « TAXIS »

> « *L'homme de système... semble s'imaginer qu'il peut disposer les membres d'une grande société avec autant de facilité que la main peut arranger les différentes pièces d'un échiquier. Il ne considère point que les pièces sur l'échiquier n'ont d'autre principe de mouvement que la main qui les meut ; mais que dans le grand échiquier de la société humaine, chacune des pièces a un principe moteur qui lui est propre, entièrement différent de celui que le législateur peut choisir de lui imprimer. Si ces deux principes coïncident et agissent dans la même direction, le jeu de la société humaine se déroulera aisément et harmonieusement, avec de grandes chances d'être heureux et fructueux. S'ils sont opposés ou différents, le jeu marchera de façon lamentable et la société sera constamment dans un état d'extrême désordre* » (Adam SMITH*).

Le concept d'ordre

Le concept central autour duquel tournera la discussion dans ce livre est celui d'ordre ; et particulièrement la distinction entre deux natures d'ordre que nous appellerons provisoirement « ordre fabriqué » et « ordre mûri ». L'ordre est un concept indispensable pour étudier tous les phénomènes complexes, vis-à-vis desquels il doit largement jouer le rôle que le concept de loi joue dans l'analyse de phénomènes plus simples[1]. Il n'y a aucun autre terme adéquat que le mot « ordre » par quoi nous puissions le désigner, bien que « système », « structure » ou « modèle » puissent parfois en tenir lieu. Le terme « ordre » a, bien entendu, une longue histoire dans les sciences sociales[2], mais de nos jours il a généralement été évité à cause de l'ambiguïté de sa signification et de son association fréquente avec des visées de politique autoritaire. Nous ne pouvons cependant nous en passer et il nous faudra nous prémunir contre de fausses interprétations en définissant nettement le sens général dans lequel nous l'utiliserons, puis en

distinguant clairement les deux voies différentes par lesquelles un tel ordre peut apparaître.

Par « ordre » nous désignerons toujours *un état de choses dans lequel une multiplicité d'éléments de nature différente sont en un tel rapport les uns aux autres que nous puissions apprendre, en connaissant certaines composantes spatiales ou temporelles de l'ensemble, à former des pronostics corrects concernant le reste ; ou au moins des pronostics ayant une bonne chance de s'avérer corrects*[3]. Il est clair que toute société doit posséder un ordre en ce sens-là, et que souvent un tel ordre existera sans avoir été créé délibérément. Ainsi que l'a dit un socio-anthropologue en renom :

> « Qu'il existe un certain ordre, une cohérence et une permanence dans la vie sociale, cela est évident. S'il n'y en avait pas, nul d'entre nous ne pourrait vaquer à ses affaires ou trouver à satisfaire à ses besoins les plus élémentaires »[4].

Vivant comme membres de la société et dépendant, pour la satisfaction de la plupart de nos besoins, de diverses formes de collaboration avec autrui, il est clair que nous ne pouvons poursuivre efficacement nos objectifs que si les prévisions que nous pouvons faire des actions des autres, sur lesquelles reposent nos plans, correspondent à ce que ces actions seront effectivement. Cet ajustement des intentions et des prévisions quant au comportement d'autrui est la forme en laquelle l'ordre se manifeste dans la vie sociale; et ce sera précisément notre objectif immédiat, que de savoir comment un tel ordre peut se réaliser. La première réponse à laquelle nous poussent presque inévitablement nos habitudes de penser anthropomorphiques, est que cela doit être dû à quelque dessein d'un esprit pensant[5]. L'ordre étant ainsi généralement interprété comme un *arrangement* opéré par quelqu'un, le concept d'ordre est devenu suspect à la plupart des amis de la liberté, tandis qu'il est en faveur surtout auprès des partisans de l'autoritarisme. Selon cette interprétation, l'ordre dans la société doit reposer sur la relation de commandement et d'obéissance, c'est-à-dire sur une structure hiérarchique de la société entière où ce que chacun doit faire est déterminé par la volonté de ses supérieurs et, finalement, par la volonté d'une autorité suprême.

Cette connotation autoritariste du concept d'ordre découle cependant entièrement de l'opinion que l'ordre est nécessairement créé par des forces extérieures au système (ou « exogènes »). Cela

ne s'applique pas à un équilibre réalisé de l'intérieur[6], ou équilibre « endogène », comme celui que la théorie générale du marché s'efforce d'expliquer. Un ordre spontané de cette nature possède, à bien des égards, des propriétés différentes de celles d'un ordre fabriqué.

Les deux sources d'ordre

L'étude des ordres spontanés a longtemps constitué la tâche spéciale de la théorie économique, bien que, naturellement, la biologie ait été dès l'origine concernée par cette sorte particulière d'ordre spontané que nous appelons un organisme. Ce n'est que récemment qu'est apparue dans les sciences physiques, sous le nom de cybernétique, une discipline elle aussi concernée par ce que l'on appelle des systèmes auto-organisés ou auto-générés[7].

Distinguer cette sorte d'ordre de celui confectionné par quelqu'un, mettant les éléments d'un ensemble à leur place ou dirigeant leurs mouvements, est indispensable à toute compréhension des processus de la société comme à toute politique sociale. Il y a plusieurs termes pour désigner chaque nature d'ordre. L'ordre confectionné, que nous avons déjà mentionné comme un ordre exogène ou comme un arrangement, peut encore être décrit comme une construction, un ordre artificiel ou, spécialement quand il s'agit d'un ordre social avec direction, comme une *organisation*. De son côté, l'ordre mûri par le temps, que nous avons déjà mentionné comme auto-généré ou endogène, peut facilement être caractérisé comme étant un *ordre spontané*. Le grec classique avait sur nous l'avantage de posséder deux mots distincts propres chacun à l'un des types d'ordre, à savoir : *taxis* pour un ordre arrangé ou disposé, par exemple un ordre de bataille[8]; et *kosmos* pour un ordre issu de la pratique, le mot signifiant originairement « un ordre normal dans un Etat ou une communauté »[9]. Nous aurons recours parfois à ces mots grecs comme termes techniques désignant les deux natures d'ordre.

Il n'y aurait aucune exagération à dire que le point de départ de la théorie sociale — et sa seule raison d'être — est la découverte qu'il existe des structures ordonnées, qui sont le résultat de l'action d'hommes nombreux mais ne sont pas le résultat d'un dessein humain. Dans certains domaines, cela est maintenant universellement accepté. Bien qu'il y ait eu une époque où les gens croyaient que même le

langage et la morale avaient été « inventés » par quelque génie du passé, tout le monde reconnaît maintenant qu'ils sont l'aboutissement d'un processus d'évolution dont personne n'avait prévu ni projeté les résultats. Mais dans d'autres domaines, bien des gens traitent encore avec suspicion l'affirmation que les schémas d'interaction d'hommes nombreux puissent présenter un ordre qui n'est l'œuvre délibérée de personne. Dans la sphère économique notamment, les critiques déversent encore des sarcasmes à base d'incompréhension sur l'expression d'Adam Smith parlant de la « main invisible », image par laquelle, dans la langue de son temps, il décrivait comment l'homme est conduit à « promouvoir un résultat qui ne faisait nullement partie de ses intentions »[10]. Si des réformateurs indignés déplorent encore le chaos des activités économiques, c'est en partie parce qu'ils sont incapables de concevoir un ordre qui ne soit pas fabriqué délibérément, et en partie parce qu'à leurs yeux un ordre veut dire quelque chose qui vise des objectifs concrets, ce qui — comme nous le verrons — est précisément ce qu'un ordre spontané ne peut faire.

Nous examinerons plus tard (voir vol. 2, chap. 10) comment se réalise cette coïncidence des comportements présumés et des plans qui caractérise l'ordre du marché, et quelle est la nature des avantages que nous en tirons. Pour le moment, nous nous intéressons seulement au fait qu'un ordre non fabriqué par l'homme existe réellement, et nous nous demandons pourquoi ce fait n'est pas plus aisément admis. La principale raison est que des ordres tels que celui du marché ne se présentent pas à nos sens de façon flagrante, mais doivent être décelés par notre intellect. Nous ne pouvons pas voir, ni percevoir différemment par intuition, cet ordre reliant des actions intentionnelles, nous pouvons seulement le reconstituer mentalement en remontant le cours des relations qui existent entre les éléments. Nous évoquerons cet aspect en disant qu'il s'agit d'un ordre abstrait et non pas concret.

Les propriétés distinctives des ordres spontanés

Du fait que nous avons pour habitude d'identifier l'ordre avec l'ordre fabriqué ou *taxis*, nous avons tendance à attribuer à tout ordre certaines propriétés que les arrangements voulus possèdent

régulièrement et, pour certaines de ces propriétés, qu'ils possèdent nécessairement. De tels ordres sont relativement *simples*, ou au moins forcément cantonnés dans des degrés de complexité suffisamment modérés pour que leur auteur puisse encore les embrasser du regard; ils sont d'habitude *concrets* en ce dernier sens, c'est-à-dire que leur existence puisse être perçue intuitivement à l'examen; et finalement, ayant été disposés consciemment, ils sont (ou ont été à un moment donné) invariablement au *service d'une intention* de celui qui les a créés. Aucune de ces caractéristiques n'appartient nécessairement à un ordre spontané ou *kosmos*. Son degré de complexité n'est pas limité à ce que peut maîtriser un esprit humain. Son existence peut fort bien ne pas se manifester à nos sens, mais être fondée sur des relations purement *abstraites* que l'on ne peut que reconstituer mentalement. Et n'ayant pas été fabriqué, l'*on ne peut* légitimement prétendre *qu'il ait un objectif particulier*, bien que la connaissance de son existence puisse avoir beaucoup d'importance pour notre poursuite efficace d'une grande variété d'objectifs différents.

Les ordres spontanés ne sont pas nécessairement complexes, mais à la différence des arrangements délibérés des hommes, ils peuvent avoir n'importe quel degré de complexité. L'une de nos thèses majeures sera que des ordres extrêmement complexes, comprenant plus de faits distincts qu'aucun cerveau n'en peut constater ou manipuler, ne peuvent être produits qu'à travers des forces poussant à la formation d'ordres spontanés.

Les ordres spontanés ne sont pas forcément abstraits au sens où nous avons employé ce mot; mais ils consisteront souvent en relations abstraites entre des éléments qui sont eux aussi définis seulement par des propriétés abstraites; et pour cette raison ils ne seront pas susceptibles d'être perçus intuitivement, ni reconnaissables autrement que sur la base d'une théorie qui rende compte de leurs caractères. De tels ordres ont un caractère abstrait en ce sens qu'ils peuvent persister alors que tous les éléments qu'ils englobent, et même le nombre de ces éléments, changent. La permanence d'un tel ordre suppose seulement qu'une certaine structure de relations persiste, et que des éléments d'une certaine espèce (mais variables en nombre) continuent à être entre eux dans une certaine relation.

Extrêmement importante cependant est la relation d'un ordre spontané au concept d'intention. Etant donné qu'un tel ordre n'a pas

été créé par un agent extérieur, l'ordre en tant que tel ne peut non plus avoir une intention, bien que son existence puisse être fort utile aux individus qui se meuvent en son sein. Mais sous un autre point de vue, l'on peut très bien dire que l'ordre repose sur l'action « orientée » de ses éléments, si cette « orientation » ne signifie rien de plus, naturellement, que le fait que les actions des éléments concourent à garantir le maintien ou la restauration de cet ordre. L'emploi du mot « orienté » en ce sens, comme d'une sorte « d'abréviation téléologique » pour parler comme les biologistes, ne soulève aucune objection aussi longtemps que nous ne lui faisons pas implicitement dire qu'il y a, chez les éléments, conscience d'une intentionnalité ; il n'y a orientation que parce que les éléments ont acquis des régularités de comportement qui aboutissent au maintien de l'ordre en question — vraisemblablement parce que ceux qui agissaient d'une certaine manière avaient, au sein de l'ordre résultant, une meilleure chance de survie que ceux qui n'avaient pas cette habitude. En général, toutefois, il est préférable de ne pas employer à ce sujet les mots d'objectif ou d'intention, et de parler plutôt de « fonction ».

Les ordres spontanés dans la nature

Il sera instructif de considérer brièvement le caractère de quelques ordres spontanés que nous trouvons dans la nature, puisque là, quelques-unes de leurs caractéristiques propres sont très clairement visibles. Il y a dans le monde matériel de nombreux exemples d'ordres complexes que nous ne pourrions réaliser qu'en nous assurant la maîtrise des forces qui aboutissent à leur formation, et jamais en plaçant délibérément chaque élément dans la position appropriée. Nous ne pouvons jamais produire un cristal, ou un composé organique complexe en plaçant chaque atome dans une position telle que l'ensemble forme l'encastrement typique du cristal, ni le système fondé sur les anneaux de benzol qui s'intègrent en un composé organique. Mais nous pouvons créer les conditions dans lesquelles ils se disposeront eux-mêmes de cette façon.

Dans ces exemples, qu'est-ce qui détermine non seulement le caractère général du cristal ou du composé qui se formera, mais aussi la position particulière de chaque élément ? Le point important est que la régularité du comportement des éléments déterminera le

caractère général de l'ordre résultant, mais non pas tous les détails de son aspect particulier. La manière particulière dont se manifestera l'ordre abstrait résultant, dépend elle-même non seulement des règles gouvernant les actions des éléments, mais en outre de leurs positions initiales et de toutes les circonstances particulières de l'environnement immédiat, circonstances auxquelles chaque élément réagira au cours de la formation de l'ordre. En d'autres termes, l'ordre sera toujours une adaptation à un grand nombre de faits particuliers qui ne seront connaissables en totalité par personne.

Remarquons qu'un modèle régulier pourra se former même hors du cas où les éléments obéissent tous aux mêmes règles, et où leurs comportements différents sont seulement déterminés par les positions différentes de chaque élément par rapport aux autres; il se formera aussi, comme dans le cas du composé organique, s'il y a des éléments de nature différente et qui réagissent en partie selon des règles différentes. Quoi qu'il en soit, nous pourrons prédire seulement le caractère général de l'ordre qui se formera, mais pas la position de chaque élément par rapport à chacun des autres.

Un autre exemple tiré du domaine de la physique est d'une certaine manière encore plus instructif. C'est l'expérience scolaire bien connue dans laquelle la limaille de fer répandue sur une feuille de papier est placée dans le champ magnétique d'un aimant; les particules de métal s'alignent alors selon certaines des lignes de force. Nous pouvons prédire l'allure générale des chaînettes que formeront les particules s'accrochant les unes aux autres; mais nous ne pouvons prédire au long de quelles courbes, en nombre infini, qui déterminent le champ magnétique, ces chaînettes vont se placer. Cela dépendra de la position, de l'orientation, du poids, de la rugosité ou du poli de chacun des grains de limaille, et de toutes les irrégularités de la feuille de papier. Les forces émanant de l'aimant et de chacun des grains de limaille vont ainsi réagir avec l'environnement pour produire un exemplaire unique d'un modèle général, exemplaire dont le caractère général sera déterminé par des lois connues, mais dont l'apparence concrète dépendra de circonstances particulières que nous ne pouvons connaître intégralement.

En société, nos pouvoirs de contrôle sont à la fois élargis et affaiblis par l'acceptation d'un ordre spontané

Etant donné qu'un ordre spontané se forme par adaptation des éléments individuels qui le composent à des circonstances qui n'affectent directement que certains d'entre eux, et dont aucun n'a besoin de connaître la totalité, cet ordre peut englober des circonstances si complexes qu'aucun esprit n'est capable de les embrasser toutes. En conséquence, le concept devient particulièrement important quand nous passons des phénomènes mécaniques aux phénomènes d'un « plus haut niveau d'organisation » ou essentiellement complexes, que nous rencontrons dans les domaines de la vie, de l'esprit et de la société. Nous avons affaire là à des structures « végétatives », qui ont grandi et ont atteint un degré de complexité où elles ne pouvaient parvenir que parce qu'elles ont été produites par des forces ordonnatrices spontanées. De ce fait, nous rencontrons des difficultés particulières dans notre effort pour les expliquer, comme dans toute tentative pour influer sur leur caractère. Etant donné que nous ne pouvons, au mieux, connaître que les règles suivies par les éléments de nature diverse dont se composent les structures, sans connaître tous les éléments pris un à un, et encore moins toutes les circonstances particulières où se trouve chacun de ces éléments, notre connaissance se bornera au caractère général de l'ordre qui va se former. Et même là où nous sommes en mesure, comme c'est le cas d'une société humaine, de modifier au moins quelques-unes des règles de conduite auxquelles les éléments obéissent, nous ne pourrons influer ainsi que sur le caractère général de l'ordre résultant, et non pas sur ses détails.

Cela veut dire que, d'une part, en utilisant les forces ordonnatrices spontanées, nous pouvons provoquer la formation d'un ordre dont la complexité (notamment par le nombre, la diversité de nature et la variété de situation des éléments composant cet ordre), est bien plus élevée que tout ce que nous aurions pu maîtriser intellectuellement ou disposer délibérément; mais d'autre part, nous aurons moins de pouvoir sur les détails d'un tel ordre, que nous n'en aurions dans une structure que nous produisons par arrangement délibéré. Dans le cas des ordres spontanés nous pouvons, en agissant sur certains des

facteurs qui les font se former, déterminer leurs caractères abstraits; mais il nous faut laisser les traits particuliers à des circonstances que nous ne connaissons pas. Ainsi, en faisant confiance aux forces ordonnatrices spontanées, nous pouvons étendre le champ et la portée de l'ordre que nous sommes capables de faire se former, précisément parce que sa configuration particulière dépendra de circonstances bien plus nombreuses que nous n'en pouvons connaître; et dans le cas d'un ordre social, parce que cet ordre mettra en œuvre les connaissances distinctes de ses nombreux membres, sans que ce savoir total soit jamais concentré dans un unique esprit, ni soumis à ces procédures de coordination et d'adaptation délibérées qu'un esprit met en œuvre.

En conséquence, le degré de maîtrise sur l'ordre plus complexe et vaste, sera considérablement moindre que celui dont nous disposerions à l'égard d'un ordre fabriqué ou *taxis*. Il s'y trouvera de nombreux aspects sur lesquels nous n'aurons aucun pouvoir; à tout le moins, nous ne pourrons rien y changer sans contrarier — et dans la même mesure empêcher d'agir — les forces qui produisent l'ordre spontané. Tout désir que nous pouvons avoir concernant la situation des éléments individuels, ou la relation entre des individus ou groupes particuliers, ne pourrait être satisfait qu'en perturbant l'ordre d'ensemble. La sorte de pouvoir qu'à cet égard nous aurions sur un arrangement concret ou *taxis*, nous ne la posséderions pas sur un ordre spontané : de ce dernier nous ne connaîtrions que les aspects abstraits et ne pourrions influer que sur eux.

Il est important de noter ici qu'il y a deux aspects sous lesquels l'ordre peut être une question de degré. Un ensemble de choses ou d'événements peut être plus ou moins bien ordonné; cela dépend du nombre plus ou moins élevé des attributs des éléments (ou de leurs mutuelles relations) que nous pouvons apprendre à prédire. Entre plusieurs ordres, la différence à ce point de vue peut se présenter de deux façons, isolément ou combinées : l'ordre peut se manifester seulement dans très peu de relations entre éléments, ou dans des relations nombreuses; et deuxièmement, la régularité ainsi définie peut être forte, c'est-à-dire confirmée dans tous les cas ou presque tous les cas, ou elle peut être faible, c'est-à-dire ne prévaloir que dans la majorité des cas, ne nous permettant de prévoir sa récurrence qu'avec un certain degré de probabilité. Dans la première situation nous ne pouvons prédire qu'un petit nombre des traits de la structure

résultante, mais nous pouvons le faire avec une grande assurance; un tel ordre serait limité mais cependant parfait. Dans la seconde situation, nous pourrons prédire davantage de choses, mais avec seulement un degré moyen de certitude. Savoir qu'il existe un ordre peut néanmoins être utile, même si cet ordre est limité de l'une ou de l'autre façon, et même des deux à la fois; et il peut être préférable, voire nécessaire, de s'en remettre à des forces ordonnatrices spontanées malgré que l'ordre vers lequel tend le système ne puisse être approché que plus ou moins imparfaitement. L'ordre du marché, en particulier, n'assurera régulièrement qu'une certaine probabilité de bonne fin des relations présumées; il n'en est pas moins le seul moyen par lequel de si nombreuses activités, fondées sur des connaissances dispersées, puissent se trouver intégrées effectivement dans un ordre unique.

Les ordres spontanés résultent de ce que leurs éléments obéissent à certaines règles de conduite

Nous avons déjà indiqué que la formation des ordres spontanés résulte de ce que leurs éléments se conforment à certaines règles dans leurs réponses à leur environnement immédiat. La nature de ces règles appelle un examen plus approfondi, en partie parce que le mot « règle » est susceptible de suggérer des idées erronées et, en partie, parce que les règles qui déterminent un ordre spontané diffèrent sous des aspects importants d'une autre espèce de règles qui sont, elles, nécessaires à la régulation d'une organisation ou *taxis*.

Sur le premier point, les exemples d'ordres spontanés que nous avons tirés de la physique sont éclairants, parce qu'ils montrent nettement que les règles qui gouvernent les éléments des ordres en question n'ont pas à être des règles « connues » des éléments; il suffit que les éléments se comportent en fait d'une façon que l'on peut décrire au moyen de ces règles. Le concept de règles tel que nous l'utilisons dans ce contexte n'implique donc pas que ces règles existent sous forme explicite (« verbalisée »); ce qui est impliqué est seulement qu'il est possible de découvrir les règles que suivent en fait les actions des individus. Pour souligner cela, nous avons par moments parlé de « régularité » plutôt que de règles; mais évidem-

ment, régularité signifie simplement que les éléments se comportent suivant des règles.

Que des règles ainsi comprises existent et opèrent sans être explicitement connues de ceux qui leur obéissent, est également vrai de beaucoup de règles qui gouvernent les actions des hommes et, donc, déterminent un ordre social spontané. L'homme ne connaît certainement pas toutes les règles qui guident ses actions, au sens d'être capable de les exprimer par des mots. Au moins dans la société humaine primitive, presque autant que dans les sociétés animales, la structure de la vie sociale est déterminée par des règles de conduite qui se manifestent uniquement par le fait qu'elles sont effectivement appliquées. Ce n'est que lorsque les intelligences individuelles commenceront à différer d'une façon significative qu'il deviendra nécessaire d'exprimer ces règles sous une forme permettant de les communiquer et de les enseigner explicitement, de corriger les comportements déviants et de décider entre opinions différentes sur la conduite à tenir. Bien que l'homme n'ait jamais vécu sans lois auxquelles obéir, il a naturellement existé pendant des centaines de milliers d'années sans « connaître » ses lois au sens d'être capable de les énoncer.

Il y a encore plus important de ce point de vue ; ce n'est pas n'importe quelle régularité dans le comportement des éléments qui procure un ordre général. Certaines règles gouvernant la conduite individuelle peuvent clairement rendre totalement impossible la formation d'un ordre général. Notre problème est de savoir quelle sorte de règles de conduite procurera un ordre de société, et quelle sorte d'ordre produiront certaines règles définies.

L'exemple classique de règles de conduite des éléments qui ne produiront aucun ordre provient des sciences physiques : c'est la seconde loi de la thermodynamique, ou loi d'entropie, selon laquelle la tendance des molécules d'un gaz à se mouvoir en ligne droite à une vitesse constante produit un état pour lequel on a forgé l'expression de « désordre parfait ». Similairement, il est évident que certains comportements parfaitement réguliers des individus ne pourraient provoquer que du désordre : si la règle était que tout un chacun doive essayer de tuer quiconque se trouve sur sa route, ou doive fuir dès qu'il voit quelqu'un d'autre, le résultat serait évidemment l'impossibilité complète d'un ordre dans lequel les activités des individus soient fondées sur la collaboration avec autrui.

La société, par conséquent, ne peut exister que si, par un processus de sélection, sont apparues des règles qui conduisent les gens à se comporter d'une manière qui rende la vie sociale possible. Il faut garder en mémoire que pour cela la sélection opérera entre des sociétés de différents types, c'est-à-dire sera guidée par les propriétés de leurs ordres respectifs; mais que les propriétés sur lesquelles ces ordres reposent seront des caractères des individus, à savoir la propension à obéir à certaines règles de conduite sur lesquelles s'appuie l'ordre d'action du groupe dans son ensemble.

En d'autres termes : dans un ordre social, les circonstances de détail auxquelles chaque individu réagit sont celles qui lui sont connues. Mais les réponses individuelles aux circonstances immédiates n'aboutiront à un ordre d'ensemble que si les individus se conforment à des règles susceptibles de produire un ordre. Un tel ordre constituera toujours une adaptation à la multitude des circonstances qui sont connues des membres de cette société pris ensemble, mais qui ne sont connues en totalité par aucun individu. Cela ne signifie pas forcément que les différentes personnes, placées dans des circonstances semblables, agiront exactement de même; mais simplement que, pour la formation d'un tel ordre, il est nécessaire que sous certains rapports tous les individus suivent des règles déterminées, ou que leurs actions ne débordent pas certaines limites. Autrement dit, pour qu'un certain ordre d'ensemble s'établisse, il suffit que les réponses des individus aux événements de leur milieu soient semblables dans un certain nombre d'aspects abstraits.

La question dont l'importance est centrale tant pour la théorie sociale que pour la politique sociale, est de savoir quelles propriétés doivent posséder les règles pour que les actions indépendantes des individus produisent un ordre d'ensemble. Certaines règles de ce genre seront suivies par tous les individus d'une société parce que leur environnement se reflète de la même façon dans leurs esprits. D'autres seront appliquées spontanément parce qu'elles feront partie de leur commune tradition culturelle. Mais il en est encore d'autres auxquelles il faudra parfois les obliger à obéir car, bien que l'intérêt de chacun le pousserait à les violer, l'ordre général qui conditionne l'efficacité de leurs actions ne s'instaurera que si ces règles sont généralement suivies.

Dans une société moderne fondée sur l'échange, l'une des

principales régularités des comportements individuels résultera de la similitude des situations où se trouvent la plupart des gens travaillant pour se procurer un revenu; c'est-à-dire qu'ils préféreront normalement obtenir de leur effort le revenu le plus élevé possible, et que souvent ils accroîtront leur effort dans une direction donnée si les perspectives de recettes s'améliorent. C'est là une règle qui sera suivie au moins avec une fréquence suffisante pour imprimer à une société de ce genre un certain ordre. Mais le fait que la plupart des gens suivront cette règle laissera largement indéterminé le caractère de l'ordre résultant, et le fait en lui-même serait certainement insuffisant pour lui donner un caractère bienfaisant. Pour que l'ordre résultant soit bienfaisant, les gens devront en outre se plier à certaines règles conventionnelles, c'est-à-dire à des règles qui ne découlent pas seulement de leurs désirs et de leur compréhension des relations de cause à effet, mais qui soient normatives et leur disent ce qu'ils doivent ou ne doivent pas faire.

Nous aurons à considérer ultérieurement en détail la relation précise entre les diverses espèces de règles que les gens appliquent en fait, et l'ordre des activités qui en découle. Nous nous intéresserons alors principalement aux règles qui, parce que nous pouvons les modifier délibérément, deviennent le principal instrument par lequel nous pouvons influer sur l'ordre résultant : ce sont les règles du droit. Mais ici, nous voulons mettre en lumière le fait que, si les règles sur lesquelles repose un ordre spontané peuvent être également d'origine spontanée, ce n'est pas nécessairement toujours le cas. Bien qu'indubitablement les individus aient suivi des règles qui n'avaient pas été confectionnées délibérément mais s'étaient établies spontanément, il reste que les gens ont peu à peu appris à améliorer ces règles; et il est au moins concevable qu'un ordre spontané se forme, entièrement fondé sur des règles créées délibérément. Le caractère spontané de l'ordre résultant doit par conséquent être distingué de l'origine spontanée des règles sur lesquelles il repose; et il est possible qu'un ordre qui doit pourtant être désigné comme spontané repose sur des règles résultant entièrement d'un dessein délibéré. Dans le genre de société avec lequel nous sommes familiers, évidemment, quelques-unes seulement des règles que les gens appliquent en fait — à savoir certaines règles du droit (mais jamais toutes, même de celles-là) — seront le produit d'un dessein délibéré, tandis

que la plupart des règles de la morale et de la coutume seront de naissance et de croissance spontanées.

Que même un ordre qui repose sur des règles fabriquées puisse être, en son caractère, un ordre spontané, cela ressort du fait que sa manifestation propre dépendra toujours de maintes circonstances que l'auteur de ces règles ne pouvait connaître et n'a pas connues. Le contenu propre de l'ordre dépendra des circonstances concrètes connues des seuls individus qui en observeront les règles et les appliqueront à des faits connus d'eux seuls. C'est à travers la connaissance qu'ont ces individus, à la fois des règles et des faits particuliers, que règles et faits détermineront l'ordre résultant.

L'ordre spontané de la société est composé d'individus et d'organisations

Dans n'importe quel groupe d'hommes dépassant la taille minimale, la collaboration reposera toujours à la fois sur l'ordre spontané et sur l'organisation délibérée. Il est incontestable que pour maintes tâches limitées, l'organisation est la méthode la plus puissante de coordination efficace, parce qu'elle nous permet d'adapter au mieux de nos objectifs l'ordre résultant; tandis que là où, en raison de la complexité des circonstances entrant en ligne de compte, nous devons nous fier aux forces génératrices d'un ordre spontané, notre pouvoir sur les contenus particuliers de cet ordre est nécessairement restreint.

La coexistence des deux espèces d'ordre dans toute société d'un degré quelconque de complexité ne signifie cependant pas que nous puissions les combiner à notre fantaisie. Ce qu'en fait nous trouvons dans toutes les sociétés libres est que, bien que des groupes d'hommes s'assemblent en des organisations pour atteindre des objectifs déterminés, la coordination des activités de toutes ces organisations distinctes, et aussi de celles des individus isolés, est assurée par les forces génératrices de l'ordre spontané. La famille, la ferme, l'atelier, la firme, la société et les diverses associations, et toutes les institutions publiques y compris le gouvernement, sont des organisations qui à leur tour sont intégrées dans un ordre spontané plus vaste. Il est avantageux de réserver le terme de « société » à cet ordre spontané d'ensemble, afin de pouvoir le distinguer de tous les groupes organisés, plus étroits, qui existeront en son sein; le distinguer de même de

ces variétés de groupes plus petits et plus ou moins isolés que sont la horde, la tribu ou le clan, dont les membres agiront, au moins en certaines matières, sous une direction centrale et pour des objectifs communs. Dans certains cas ce sera le même groupe qui par moments, notamment dans la plupart de ses occupations journalières, fonctionnera comme un ordre spontané maintenu par l'observation de règles conventionnelles sans qu'intervienne un commandement; et qui, à d'autres moments, par exemple pour la chasse, la migration ou le combat, agira comme une organisation sous l'autorité directrice d'un chef.

L'ordre spontané que nous nommons société n'a pas nécessairement des frontières aussi nettes qu'en a d'habitude une organisation. Il y aura fréquemment un noyau, ou plusieurs noyaux d'individus plus étroitement en relations, occupant une position centrale dans un ordre plus lâchement articulé mais plus étendu. Ce genre de sociétés particulières à l'intérieur de la Grande Société peut apparaître du fait de la proximité spatiale, ou de quelques autres circonstances spéciales qui engendrent des relations plus étroites entre leurs membres. Diverses sociétés partielles de ce genre, souvent, se chevaucheront; et chaque individu peut, en plus de son appartenance à la Grande Société, être membre de multiples sous-ordres spontanés ou sociétés partielles de cette nature, en même temps que d'organisations diverses existant au sein de la Grande Société.

Parmi les organisations qui existent à l'intérieur de la Grande Société, il en est une qui occupe régulièrement une place spéciale, c'est celle que nous appelons gouvernement. Il est certes concevable que l'ordre spontané que nous nommons société puisse exister sans gouvernement : c'est à condition que le minimum de règles requis pour que se forme un tel ordre soit observé, sans qu'un appareil organisé ait à en assurer l'application. Toutefois, dans la plupart des circonstances, l'organisation que nous appelons gouvernement s'avère indispensable pour veiller à ce que les règles soient respectées.

Cette fonction particulière du gouvernement est quelque chose de comparable au service d'entretien d'une usine; son objet n'est pas de produire des services particuliers ou des produits que consommeront les citoyens, mais plutôt de veiller à ce que la machinerie qui règle la production de ces biens et services soit maintenue en bon état de marche. Quant aux objectifs en vue desquels cette machinerie

est couramment utilisée, ils seront fixés par ceux qui en manœuvrent les éléments et, en dernier ressort, par ceux qui en achètent les produits.

La même organisation qui est chargée de maintenir en état de marche une structure fonctionnelle que les individus emploieront pour leurs propres objectifs, a donc la tâche de faire observer les règles sur lesquelles cet ordre est établi; mais on lui demande généralement, en outre, de rendre d'autres services que l'ordre spontané ne peut fournir adéquatement. Ces deux fonctions différentes du gouvernement ne sont pas habituellement clairement distinguées; et pourtant nous verrons que la distinction entre les fonctions coercitives dans lesquelles le gouvernement sanctionne les règles de conduite et ses fonctions de service où il n'a qu'à gérer des ressources mises à sa disposition, est d'une importance fondamentale. Dans les fonctions de service il n'est qu'une organisation parmi beaucoup d'autres et, comme elles, une part de l'ordre spontané d'ensemble; alors que dans la fonction coercitive il assure une condition essentielle pour le maintien de cet ordre général.

En anglais il est possible, et il a été longtemps usuel, de discuter de ces deux types d'ordre en opposant les termes de « société » et de « gouvernement ». Aussi longtemps qu'il ne s'agit que d'un seul pays, il est inutile d'introduire dans la discussion de ces problèmes le terme « Etat », qui est lourd d'arrière-pensées métaphysiques. C'est largement sous l'influence de la pensée continentale et notamment hégélienne, qu'au cours des cent dernières années l'on a de plus en plus généralement pris l'habitude de parler de l'Etat (de préférence avec un E majuscule), là où le mot « gouvernement » est plus approprié et plus précis. Ce qui agit, ou poursuit une politique, est néanmoins toujours l'organisation de gouvernement; et cela ne sert pas à la clarté que d'introduire laborieusement le terme « Etat », là où « gouvernement » est bien suffisant. Cela devient particulièrement perturbant lorsqu'au lieu de « gouvernement » on oppose « l'Etat » à la « société » pour indiquer que le premier est une organisation et la seconde un ordre spontané.

Règles des ordres spontanés et règles des organisations

L'une de nos thèses principales sera que, bien qu'il y ait toujours à la fois ordre spontané et organisation, il n'est pourtant pas possible de mêler les deux principes d'ordre à notre fantaisie. Si cela n'est pas plus généralement admis, la cause en est que pour la formation de l'un comme de l'autre type d'ordre nous devons nous appuyer sur des règles, et que les différences importantes entre le genre de règles qu'impliquent respectivement les deux ordres différents ne sont pas généralement perçues.

Dans une certaine mesure, toute organisation doit aussi s'appuyer sur des règles, et pas seulement sur des commandements spécifiques. La raison ici est la même que celle qui impose à un ordre spontané la nécessité de s'appuyer uniquement sur des règles : à savoir qu'en guidant les actions des hommes par des règles, plutôt que par des commandements spécifiques, il est possible de mettre en œuvre une connaissance que personne ne possède en entier. Toute organisation dont les membres ne sont pas de simples outils de l'organisateur, détermine par commandement seulement la fonction que chaque membre doit remplir, les objectifs qu'il faut atteindre, et certains aspects généraux des méthodes à appliquer; mais elle laisse le détail à décider par les individus sur la base de leur savoir et de leur talent respectifs.

L'organisation se heurte ici au problème que rencontre toute tentative pour mettre de l'ordre dans les complexes affaires humaines : l'organisateur a absolument besoin que les individus devant assumer une part du travail mettent en œuvre du savoir que lui-même ne possède pas. Hormis la plus rudimentaire des organisations, l'on ne peut en imaginer aucune où tous les détails de toutes les activités soient gouvernés par un esprit unique. Assurément, personne jusqu'à présent n'a réussi à disposer délibérément toutes les activités qui se déroulent dans une société complexe. Si par impossible quelqu'un parvenait un jour à organiser entièrement une telle société, celle-ci ne mettrait plus en œuvre des esprits nombreux, mais dépendrait entièrement d'un seul cerveau; elle ne serait certainement pas très complexe, mais au contraire très rudimentaire — et il en adviendrait vite de même du cerveau dont le savoir et la volonté dirigeraient

toute chose. Les faits qui trouveraient une place dans l'élaboration d'un tel ordre ne pourraient être que ceux connus et digérés par ce cerveau; et comme un seul esprit aurait l'occasion de décider d'agir, et donc seul la possibilité d'acquérir de l'expérience, tous seraient privés de cette interaction de multiples esprits par laquelle seulement l'esprit peut se développer.

Ce qui caractérise les règles qui dirigeront l'action au sein d'une organisation, c'est qu'elles doivent être des règles pour l'accomplissement de tâches assignées. Elles impliquent au départ que la place de chaque individu dans une structure fixe est déterminée par voie de commandement, et que les règles auxquelles chaque individu doit obéir dépendent de la place qui lui a été assignée et des objectifs particuliers que lui a indiqués l'autorité qui commande. Les règles en question ne porteront ainsi que sur le détail de l'action de fonctionnaires nommés ou d'agences instituées par le gouvernement.

Les règles d'une organisation sont donc nécessairement subsidiaires par rapport aux commandements, comblant les lacunes laissées par les commandements. Ces règles seront différentes selon les différents membres de l'organisation, en fonction des rôles différents qui leur ont été assignés, et elles devront être interprétées à la lumière des objectifs fixés par les commandements. S'il n'y a pas eu, par des commandements formels, assignation des fonctions et définition des buts à viser, la simple règle abstraite ne suffirait pas pour dire à chaque individu ce qu'il lui faut faire.

Par contraste, les règles gouvernant un ordre spontané doivent être indépendantes de tout objectif, et identiques — si ce n'est nécessairement pour tous les membres — au moins pour des catégories entières de membres anonymes. Elles doivent, comme nous le verrons, être des règles applicables à un nombre inconnu et indéterminé de personnes et de cas. Elles devront être appliquées par les individus à la lumière de leurs connaissances et de leurs intentions respectives; et leur application sera sans liens avec un quelconque intérêt commun, dont l'individu peut même n'avoir aucune connaissance.

Dans les termes que nous avons adoptés, cela signifie que les règles de droit, sur lesquelles un ordre spontané repose, tendent à un ordre abstrait dont le contenu, vis-à-vis des cas individuels ou concrets, n'est connu ni prévu par personne; tandis que les commandements et les règles qui gouvernent une organisation tendent à des résultats

particuliers visés par ceux qui commandent dans l'organisation. Plus l'ordre recherché est complexe et plus grande sera la part des actions distinctes qui devront être déterminées par des circonstances inconnues de ceux qui dirigent l'ensemble; et plus aussi le contrôle sera conditionné par des règles plutôt que par des commandements spécifiques. Dans les types d'organisation les plus complexes, en réalité, les commandements de l'autorité suprême ne comportent guère autre chose que d'affecter telle personne à telle fonction définie, et de formuler l'objectif général, tandis que les fonctions devront être remplies en conformité avec des règles; des règles toutefois qui, au moins dans une certaine mesure, sont spécifiques des fonctions assignées à telle ou telle personne. C'est seulement lorsque nous passons de la plus grande des organisations — le gouvernement, qui en tant qu'organisation doit encore être voué à un ensemble de buts spécifiques, limités en nombre et en objets — à l'ordre général et global de la société, c'est alors seulement que nous trouvons un ordre qui repose uniquement sur des règles et dont le caractère est entièrement spontané.

C'est parce que la structure de la société moderne ne dépendait pas d'une organisation, mais s'est développée comme ordre spontané, qu'elle a atteint le degré de complexité auquel elle est parvenue, degré qui excède de loin tout ce qui aurait pu être réalisé par organisation délibérée. En fait, bien entendu, les règles qui ont rendu possible cet ordre complexe n'ont pas au début été élaborées en vue de ce résultat; mais ceux des peuples qui se sont trouvés adopter des règles convenables ont développé une civilisation complexe qui, ensuite, s'est souvent communiquée à d'autres. Affirmer que nous devons délibérément dresser le plan de la société moderne parce qu'elle est devenue si compliquée, c'est donc soutenir un paradoxe par suite d'une incompréhension totale de cette situation. Le fait est bien plutôt que nous ne pouvons pas préserver un ordre d'une telle complexité par la méthode consistant à diriger les membres de la société, mais que nous pouvons le faire seulement par une voie indirecte, à savoir en faisant respecter et en améliorant les règles qui conduisent à la formation d'un ordre spontané.

Nous verrons qu'il est non seulement impossible de remplacer l'ordre spontané par l'organisation, tout en utilisant au maximum la connaissance dispersée entre tous ses membres, mais impossible

aussi d'améliorer ou de corriger cet ordre en y intervenant par des commandements directs. Il ne peut jamais être rationnel d'adopter une telle combinaison d'ordre spontané et d'organisation. Il est certes raisonnable de compléter par des règles subsidiaires les commandements qui déterminent une organisation, et raisonnable aussi de recourir à des organisations en tant qu'éléments d'un ordre spontané, mais il ne peut jamais être avantageux, là où les actions sont guidées par des règles générales de conduite, d'ajouter à ces règles génératrices d'un ordre spontané, des commandements fragmentaires prétendument subsidiaires concernant ces activités. C'est là le point central de l'argumentation contre l'immixtion ou « intervention » dans l'ordre du marché. De tels commandements au coup par coup, prescrivant des actions spécifiées à tels ou tels membres de l'ordre spontané ne peuvent jamais améliorer cet ordre et lui nuisent au contraire; la raison en est qu'ils se référeront à un segment d'un système d'actions interdépendantes, actions déterminées par des informations et guidées par des objectifs qui ne sont connus que des multiples acteurs intéressés, informations et objectifs dont l'autorité intervenante ne sait rien. L'ordre spontané est engendré par le fait que chaque élément opère l'équilibrage de tous les facteurs qui agissent sur lui, et qu'il ajuste entre elles toutes ses opérations; un tel équilibre est détruit si certaines de ces opérations sont déterminées par quelque autre source de décision, sur la base d'autres données et au service d'objectifs différents.

Ainsi l'argumentation contre l'immixtion se ramène à ceci, que bien que nous puissions entreprendre d'améliorer un ordre spontané en révisant les règles générales sur lesquelles cet ordre repose, et si nous pouvons aider à son résultat par l'effort de diverses organisations, nous ne pouvons pas améliorer les résultats par des commandements spéciaux qui empêchent ses membres d'utiliser leurs connaissances selon leurs propres intentions.

Nous aurons à examiner au long de ce livre comment ces deux sortes de règles ont fourni le modèle de deux conceptions de la loi entièrement différentes ; et comment cela a eu pour conséquence que des auteurs se servant du même mot « loi » ont, en réalité, parlé de choses différentes. Cela ressort avec une netteté particulière du contraste que nous constatons tout au long de l'Histoire entre ceux pour qui la loi et la liberté étaient indissociables[11] et ceux pour qui

les deux étaient inconciliables. Nous trouvons une grande tradition s'étendant des Grecs antiques et de Cicéron[12] en passant par le Moyen Age[13] pour aller jusqu'aux libéraux classiques tels que John Locke, David Hume, Emmanuel Kant[14] et aux philosophes moralistes écossais, puis à divers hommes d'Etat américains[15] du XIXe et du XXe siècle, pour lesquels la loi et la liberté ne pouvaient exister l'une sans l'autre; tandis que pour Thomas Hobbes, Jeremy Bentham[16] et plusieurs penseurs français[17], ainsi que pour les tenants du droit positif, la loi constitue nécessairement un empiétement sur la liberté. Ce conflit apparent entre de longues lignées de grands penseurs ne signifie pas qu'ils arrivaient à des conclusions opposées, mais simplement qu'ils employaient le mot « loi » dans des sens différents.

Les termes « organisme » et « organisation »

Quelques commentaires doivent être ajoutés sur les termes employés jadis au cours des discussions sur la distinction examinée dans le présent chapitre. Depuis le début du XIXe siècle, les mots « organisme » et « organisation » ont été fréquemment utilisés pour mettre en contraste les deux types d'ordre. Comme nous avons estimé opportun de ne pas employer le premier et d'adopter le second dans un sens spécial, quelques observations sur leur histoire sont sans doute appropriées.

Il était naturel que l'analogie avec les organismes ait été employée depuis les temps anciens pour décrire l'ordre spontané de la société, puisque les organismes étaient les seules espèces d'ordre spontané avec lesquelles tout le monde était familier. Les organismes sont en effet une sorte d'ordre spontané, et comme tels présentent plusieurs des caractères des autres ordres spontanés. Il était donc tentant de leur emprunter des termes tels que « croissance », « adoptation » et « fonction ». Ce sont cependant des ordres spontanés d'une varitété très particulière, ayant des propriétés par ailleurs qui ne sont nullement présentes par nécessité dans tous les ordres spontanés; la métaphore devient, en conséquence, bientôt plus déroutante qu'utile[18].

La principale particularité des organismes, qui les distingue des ordres spontanés de société, est que dans un organisme la plupart des éléments individuels occupent une place fixe et, au moins dans l'organisme parvenu à maturité, la gardent une fois pour toutes. En

règle générale ce sont aussi des systèmes plus ou moins constants composés d'un nombre fixe d'éléments qui, bien que certains puissent être remplacés par d'autres équivalents mais neufs, conservent une localisation aisément perçue par les sens. Ainsi donc les organismes, dans les termes que nous avons employés, sont des ordres d'une espèce plus concrète que les ordres spontanés de société, ces derniers étant susceptibles de subsister même si le nombre total des éléments change, et si les éléments individuels changent de place. Ce caractère relativement concret de l'ordre des organismes se manifeste dans le fait que leur existence en tant que touts distincts peut être constatée par les sens, tandis que l'ordre spontané abstrait des structures sociales ne peut habituellement qu'être reconstruit par l'esprit.

L'interprétation de la société comme un organisme a presque invariablement été employée à l'appui de conceptions hiérarchiques et autoritaires, pour lesquelles le concept général d'ordre spontané ne fournit nul fondement. A vrai dire, depuis Menenius Agrippa qui, lors de la première sécession de la plèbe romaine, eut recours à la métaphore de l'organisme pour justifier les privilèges d'un groupe particulier, elle a dû être employée d'innombrables fois pour des fins semblables. Parce qu'elle suggère que les éléments doivent avoir une place fixe selon leur « fonction » propre, et du fait que l'on compare des structures biologiques dont la détermination est extrêmement concrète, avec les structures spontanées de la société dont le caractère est abstrait, la conception organique est d'une valeur fortement contestable du point de vue de la théorie sociale. On en a abusé davantage même que du terme « ordre » assimilé à l'ordre factice ou *taxis*, et elle a souvent servi pour défendre un ordre hiérarchisé, la nécessité des « degrés », la relation de commandement et obéissance, ou le maintien des positions établies de certaines personnes; pour cette raison, elle est tenue à bon droit pour suspecte.

Le terme « organisation », d'autre part, qu'au XIXe siècle on a fréquemment employé par contraste avec « organisme », pour exprimer la distinction que nous avons étudiée[19], et que nous conserverons pour désigner l'ordre arrangé ou *taxis*, est d'origine relativement récente. Il semble être devenu d'emploi courant à l'époque de la Révolution française, à laquelle Kant se référait en notant un jour que « dans la reconstruction récemment entreprise d'un grand peuple en un grand Etat, le mot *organisation* a été fréquemment et opportu-

nément employé pour l'institution de magistratures publiques et même de l'Etat tout entier »[20]. Le mot devint caractéristique de l'esprit de la période napoléonienne[21] et devint le concept central dans les plans pour la « reconstruction de la société » des principaux fondateurs du socialisme moderne, des saint-simoniens et d'Auguste Comte[22]. Jusqu'à ce que le terme « socialisme » devînt d'usage courant, l'expression « l'organisation de la société en un tout » fut en fait généralement adoptée pour évoquer ce que nous appelons maintenant socialisme[23]. Son rôle central, particulièrement pour la pensée française durant la première partie du XIXe siècle, a été clairement vu par le jeune Ernest Renan qui, en 1849, pouvait parler de l'idéal d'une organisation scientifique de l'humanité comme « le dernier mot de la science moderne et de son audacieuse mais légitime prétention »[24].

En anglais, le mot semble être devenu d'usage général autour de 1790 comme un terme technique pour « un arrangement systématique en vue d'un objectif défini »[25]. Mais ce furent les Allemands qui l'adoptèrent avec un enthousiasme particulier, et à qui il apparut bientôt comme exprimant une aptitude particulière, dans laquelle ils pensaient dépasser les autres peuples. Cela conduisit même à une curieuse rivalité entre savants français et allemands, qui pendant la première guerre mondiale poursuivirent une dispute littéraire assez comique par-dessus les lignes de feu, quant à savoir laquelle des deux nations pouvait le plus légitimement se dire détentrice du secret de l'organisation[26].

En réservant ici le terme à l'ordre arrangé ou *taxis*, nous suivons ce qui semble être devenu l'usage général en sociologie et en particulier dans ce qui est connu comme la « théorie de l'organisation »[27]. L'idée d'organisation dans ce sens est une conséquence naturelle de la découverte des pouvoirs de l'intelligence humaine et, spécialement, la résultante de l'attitude générale du rationalisme constructiviste. Elle est apparue pendant longtemps comme la seule procédure par laquelle un ordre au service des objectifs humains pouvait être délibérément instauré, et c'est en vérité la méthode intelligente et puissante pour atteindre certains résultats connus et prévisibles. Mais de même que son développement est l'une des grandes réussites du constructivisme, l'un de ses plus graves défauts est la méconnaissance de ses propres limites. Ce qu'elle néglige de voir, c'est que la crois-

sance de cet esprit capable de diriger une organisation et l'expansion de cet ordre plus large à l'intérieur duquel fonctionnent les organisations, reposent sur l'adaptation à l'imprévisible; et que la seule possibilité de sortir des bornes de la capacité du cerveau individuel est de s'appuyer sur ces forces supra-personnelles et « auto-organisatrices » qui créent les ordres spontanés.

3

PRINCIPES ET EXPÉDIENTS

« *La référence fréquente aux principes fondamentaux est absolument nécessaire pour conserver les bienfaits de la liberté* » (Constitution de la Caroline du Nord*).

Objectifs individuels et avantages collectifs

La thèse de cet ouvrage est qu'une situation de liberté dans laquelle tous ont la faculté d'employer leurs connaissances à la poursuite de leurs objectifs, bornés seulement par des règles de juste conduite applicables en toute circonstance, leur fournira probablement les conditions les plus favorables à la réalisation de leurs projets; et qu'un tel système n'a de chances d'être instauré et maintenu que si toute autorité quelle qu'elle soit, y compris celle de la majorité du peuple, est bornée dans l'exercice du pouvoir de contrainte par des principes généraux auxquels la communauté aura adhéré à titre permanent. La liberté individuelle, partout où elle a existé, a été largement le résultat du fait que l'on y respectait communément de tels principes qui, pourtant, n'ont jamais été complètement formulés dans des documents constitutionnels. La liberté a été conservée pendant des périodes prolongées parce que ce genre de principes, perçus obscurément et en gros, gouvernaient l'opinion publique. Les institutions par lesquelles les nations du monde occidental ont essayé de protéger la liberté individuelle contre les empiétements progressifs du pouvoir, se sont toujours montrées inadéquates lorsqu'on les transplanta dans des pays où de telles traditions ne régnaient pas sur les mentalités. Elles n'ont pas non plus fourni une protection suffisante contre les conséquences de nouvelles aspirations qui maintenant, même parmi les peuples occidentaux, l'emportent souvent en

influence sur les anciennes conceptions — celles qui ont rendu possible l'ère de liberté pendant laquelle ces peuples ont acquis le rang qu'ils occupent.

Je n'entreprendrai pas ici de définir plus complètement le terme de « liberté », ni de développer pourquoi nous considérons comme si importante la liberté individuelle. C'est ce que j'ai essayé dans un autre livre[1]. Mais il faut dire quelques mots, expliquant pourquoi je préfère la formule courte par laquelle j'ai maintes fois défini l'état de liberté, à savoir la situation dans laquelle chacun peut utiliser ce qu'il connaît en vue de ce qu'il veut faire, plutôt que la phrase classique d'Adam Smith : « Chaque homme, aussi longtemps qu'il ne transgresse pas les règles de la justice (étant) laissé parfaitement libre de poursuivre ses propres intérêts à sa propre manière »[2]. La raison de ma préférence est que cette dernière formule suggère sans nécessité et malencontreusement — car ce n'est pas dans son intention — qu'il y a un lien entre le plaidoyer pour la liberté individuelle et l'égoïsme ou le manque de considération pour autrui. La liberté de poursuivre les objectifs que l'on a choisis n'est pourtant pas moins importante pour l'altruiste complet que pour l'égoïste le plus dur. L'altruisme, pour être une vertu, n'implique certainement pas que l'on doive suivre la volonté de quelqu'un d'autre. Mais il est vrai que souvent le prétendu altruisme traduit un désir d'obliger les autres à servir des fins que le soi-disant « altruiste » considère comme importantes.

Nous n'avons pas à revenir ici sur le fait indéniable que lorsqu'on s'efforce de faire du bien aux autres, on n'en voit souvent l'effet que si l'on a agi de concert avec plusieurs, et conformément à un plan cohérent; il peut être souvent difficile pour l'individu isolé de faire quoi que ce soit d'important contre des maux qui lui paraissent très préoccupants. Mais cela fait évidemment partie de sa liberté, que pour atteindre de tels objectifs il puisse se joindre à des organisations (ou en créer) qui lui donneront le moyen de participer à une action concertée. Et bien que certains objectifs de l'altruiste ne soient réalisables que dans l'action collective, celle-ci peut aussi souvent servir à des fins purement égoïstes. Il n'y a aucun lien nécessaire entre l'altruisme et l'action collective, ni entre l'égoïsme et l'action individuelle.

La liberté ne peut être sauvegardée qu'en suivant des principes et on la détruit en se servant d'expédients

Etant admis que les avantages de la civilisation nécessitent la mise en œuvre de plus de connaissances qu'on n'en peut employer dans un effort délibérément concerté, il s'ensuit qu'il n'est pas en notre pouvoir de bâtir une société désirable, simplement en rassemblant les éléments particuliers qui en eux-mêmes apparaissent comme désirables. Bien qu'on ne puisse, vraisemblablement, tendre vers un mieux-être général qu'en procédant à des améliorations partielles, si chaque étape n'est pas guidée par un ensemble cohérent de principes, le résultat a toute chance d'être la suppression de la liberté individuelle.

La raison en est fort simple, quoique peu souvent comprise. Etant donné que ce qui rend précieuse la liberté est qu'elle ouvre des occasions d'entreprendre des actions que l'on ne pouvait prévoir ni prédire, nous nous rendrons rarement compte de ce que nous perdons du fait d'une restriction de liberté sur un point particulier. Toute restriction de ce genre, toute contrainte autre que celle nécessaire pour faire respecter des règles générales, a pour but d'obtenir un certain résultat prévisible, mais ce qui sera du même fait empêché de se produire restera d'habitude ignoré. Les effets directs de chaque intervention dans l'ordre du marché seront proches et clairement visibles dans la plupart des cas, tandis que les effets indirects et lointains ne seront généralement pas visibles et ne seront donc pas pris en considération[3]. Nous n'aurons jamais conscience de la totalité de ce que coûte le résultat obtenu par de telles immixtions.

Et ainsi, lorsque nous nous décidons au coup par coup, adoptant une solution au vu de ce qui constitue ses avantages propres, nous surestimons toujours les avantages d'une direction centralisée. Le choix se présentera à nous régulièrement comme entre un certain gain connu et tangible, et la simple probabilité d'empêcher un inconnu d'accomplir une action bienfaisante indéterminée. Si le choix entre liberté et contrainte est ainsi traité comme une question d'opportunité[4], la liberté sera fatalement sacrifiée dans la plupart des cas. Comme dans une situation donnée nous ne saurons pratiquement jamais ce qui arriverait en laissant les gens faire leur propre

choix, faire dépendre en chaque cas la décision de certains résultats prévisibles conduit à la destruction graduelle de la liberté. Il y a probablement peu de restrictions de liberté qui ne puissent nous paraître justes, du simple fait que nous ne savons pas quelle perte particulière chacune provoquera.

Que la liberté ne puisse être sauvegardée que si elle est considérée comme un principe suprême à ne jamais sacrifier pour des avantages particuliers, avait été parfaitement compris par les principaux penseurs libéraux du XIXe siècle, et l'un d'entre eux définissait même le libéralisme comme « le système des principes »[5]. Tel est le thème essentiel de leurs avertissements concernant « ce qu'on voit et ce qu'on ne voit pas en économie politique »[6], et au sujet du « pragmatisme qui, au rebours des intentions de ses représentants conduit inexorablement au socialisme »[7].

Tous ces avertissements furent pourtant jetés au vent; le rejet graduel des principes et la détermination croissante, pendant les cent dernières années, de procéder pragmatiquement[8] est l'un des changements les plus importants de la politique économique et sociale. Qu'il nous faille abjurer tous les principes et tous les noms en « isme » afin d'acquérir une plus grande maîtrise de notre sort, c'est même à présent la devise proclamée par la nouvelle sagesse de notre temps. Appliquer à chaque tâche les « techniques sociales » les mieux adaptées à sa solution, sans s'embarrasser de croyances dogmatiques, voilà ce qui semble à certains la seule façon de procéder digne d'un âge rationnel et scientifique[9]. Les « idéologies », c'est-à-dire des ensembles de principes, sont devenues généralement aussi antipathiques aux peuples qu'elles l'ont toujours été aux aspirants dictateurs, notamment à Napoléon Ier et à Karl Marx, les deux hommes qui ont donné à ce mot son sens péjoratif moderne.

Si je ne me trompe, cette attitude à la mode, de mépris pour l'« idéologie » et pour tous les principes généraux et mots en « isme », est caractéristique des socialistes déçus; ayant été forcés d'abandonner leur propre idéologie à cause de ses contradictions internes, ils en ont conclu que toutes les idéologies doivent être erronées et que pour être rationnel il faut s'en passer. Mais il est impossible de se guider seulement, comme ils s'imaginent pouvoir le faire, par les objectifs explicitement définis que l'on se propose consciemment, en rejetant toutes les valeurs générales dont il ne peut être démontré

qu'elles conduisent à des résultats concrets désirables. Se conduire uniquement par ce que Max Weber appelle la rationalité finalisée est une impossibilité. L'on peut bien admettre que l'idéologie est quelque chose qui ne peut se prouver (ou dont on ne peut démontrer qu'elle est vraie); pourtant, c'est probablement quelque chose dont l'acceptation très large conditionne rigoureusement la plupart des objectifs particuliers auxquels nous tendons.

Ces gens qui se targuent d'être des « réalistes » modernes n'ont que mépris pour cet avertissement démodé : si l'on se met à intervenir, sans avoir de ligne de conduite cohérente, dans le fonctionnement de l'ordre spontané, il n'y a pratiquement pas de point auquel on puisse s'arrêter; et c'est pourquoi il est nécessaire de choisir entre des systèmes incompatibles. Ils se plaisent à croire qu'en procédant expérimentalement et donc « scientifiquement », ils réussiront à construire par petits morceaux un ordre désirable, en choisissant pour chaque objectif désiré le moyen que la science leur indique comme étant le plus approprié.

Etant donné que les mises en garde contre ce genre de procédé ont souvent été mal comprises — comme il advint pour l'un de mes livres précédents — il convient de dire quelques mots de plus sur leurs intentions. Ce que j'ai voulu expliquer dans *La route de la servitude*[10] n'était certainement pas que chaque fois que l'on s'écarte, si peu que ce soit, de ce que je considère comme les principes d'une société libre, l'on sera inéluctablement poussé jusqu'à un système totalitaire. C'était ce qu'en langage plus familier nous exprimons par le dicton : « Si tu ne mets ordre à tes principes, tu iras au diable. » Que l'on ait souvent compris cela comme décrivant un processus forcé sur lequel nous n'aurions aucun pouvoir une fois déclenché montre combien peu l'on comprend l'importance des principes dans la détermination d'une politique; plus particulièrement, cela indique que l'on a complètement perdu de vue un fait fondamental : c'est que par nos actions politiques nous faisons involontairement accepter des principes qui rendront de nouvelles interventions nécessaires.

Ces réalistes modernes sont si peu réalistes qu'ils ne voient pas, pendant qu'ils se glorifient de la modernité de leurs idées, que ce qu'ils préconisent est ce que la plupart des pays du monde occidental ont effectivement pratiqué pendant les deux ou trois dernières générations, et que c'est cela qui a conduit à la situation actuelle. La fin

de l'ère libérale des principes pourrait bien remonter au moment où, il y a plus de quatre-vingts ans, W. S. Jevons affirma qu'en politique économique et sociale « nous ne pouvons poser de règles fixes et rigides, mais devons traiter chaque cas en détail sur ses mérites »[11]. Dix ans plus tard, Herbert Spencer pouvait déjà parler de « l'école dominante en politique » par laquelle « on ne montre rien que mépris pour toute doctrine qui implique une limitation des procédés d'immédiate opportunité », ou qui s'appuie sur des « principes abstraits »[12].

Cette vue « réaliste » qui a maintenant dominé la politique depuis si longtemps n'a guère produit les résultats que désiraient ses propagandistes. Au lieu d'avoir atteint une plus grande maîtrise sur notre sort, nous nous trouvons en fait plus fréquemment engagés sur une route que nous n'avons pas délibérément choisie, et confrontés à l' « inévitable nécessité » d'actions ultérieures, qui n'ont jamais été dans notre intention, mais qui sont le résultat de ce que nous avons fait.

Les « nécessités » de la politique sont généralement les conséquences de mesures prises antérieurement

L'argument souvent avancé que certaines mesures politiques étaient inévitables a curieusement deux aspects. Lorsque les conséquences sont celles que désiraient les gens qui emploient l'argument, il est accepté d'emblée et invoqué pour justifier ce qui a été fait. Mais quand les conséquences prennent un cours indésirable, si quelqu'un suggère que ce n'est pas là un effet de circonstances qui échappent à notre contrôle, mais la conséquence nécessaire de nos décisions antérieures, l'observation est rejetée avec mépris. L'homme moderne semble ne pas tolérer l'idée que nous ne sommes pas libres de choisir à volonté n'importe quelle combinaison de caractères que devrait présenter la société, et de les assembler en un tout viable; autrement dit, que nous ne pouvons bâtir un ordre social désirable à la façon d'une mosaïque, en triant et retenant à notre gré les aspects particuliers qui nous plaisent le mieux; et que bien des mesures décidées avec les meilleures intentions ont une longue traîne de conséquences indésirées et que l'on ne pouvait prévoir. L'homme moderne s'est entendu enseigner que ce qu'il a fait, il peut aussi le changer à volonté

pour répondre à ses désirs; et réciproquement, que ce qu'il peut modifier, il doit en avoir été lui-même l'auteur. Il n'a pas encore appris que cette croyance naïve découle de l'ambiguïté du mot « faire » dont nous avons déjà discuté.

En réalité, évidemment, la principale circonstance qui fera apparaître certaines mesures comme inévitables, c'est d'habitude le résultat de nos actions passées et des opinions qui ont cours maintenant. La plupart des « nécessités » de politique sont de notre propre fabrication. Je suis moi-même assez âgé pour m'être entendu dire par mes aînés que certaines conséquences de leur politique, que je leur prédisais, ne se produiraient jamais; et plus tard, quand elles se sont produites, des hommes plus jeunes que moi m'ont dit que c'était inévitable et totalement indépendant des décisions anciennes.

La raison pour laquelle nous ne pouvons réaliser un ensemble cohérent simplement en ajustant les uns aux autres n'importe quels éléments qui nous plaisent, est qu'au sein d'un ordre spontané, la convenance de chaque arrangement particulier dépendra de tout le reste de cet ordre; et que toute modification particulière que nous y apportons nous dira peu de chose sur la manière dont il fonctionnerait dans un ensemble différent. Une expérimentation ne peut nous dire qu'une chose : telle innovation s'ajuste bien ou ne s'ajuste pas à tel cadre donné. Mais espérer que nous puissions construire un ordre cohérent en expérimentant au hasard des solutions particulières de problèmes particuliers, sans nous guider sur aucun principe, cela est totalement illusoire. L'expérience nous dit beaucoup sur l'efficacité de différents systèmes sociaux et économiques pris en bloc. Mais un ordre dont la complexité est aussi grande que celle de la société moderne ne peut être agencé, ni comme un tout, ni en façonnant chaque partie séparément et sans égard aux autres parties; un tel ordre ne peut être édifié qu'en adhérant avec constance à certains principes tout au long du processus de son évolution.

Cela n'est pas dire que ces « principes » doivent nécessairement revêtir la forme de règles verbalisées. Les principes sont souvent des guides pour l'action plus efficaces lorsqu'ils apparaissent sans plus comme des préjugés irraisonnés, un sentiment général que certaines choses « ne se font pas »; tandis que dès l'instant où ils sont énoncés explicitement, l'on commence à spéculer à propos de leur validité et de leur exactitude. Il est probablement vrai qu'au XVIIIe siècle les

Anglais, peu enclins à la spéculation sur les principes généraux, furent pour cette raison plus fermement guidés par des opinions vigoureuses sur ce qui était permis en fait d'actions politiques, que les Français qui essayèrent si fort de découvrir et d'adopter de tels principes. Une fois que la certitude instinctive est perdue — peut-être par suite d'essais infructueux pour formuler verbalement des principes qui avaient été observés « intuitivement » — il n'y a pas d'autre moyen de retrouver un tel guide, que de chercher l'expression correcte de ce qui avant était connu implicitement.

L'impression que les Anglais, aux XVIIe et XVIIIe siècles, par leur don de « réussir à force d'erreurs » et leur « génie du compromis », sont arrivés à édifier un système viable sans beaucoup parler de principes, tandis que les Français, avec tout leur souci d'expliciter ce qui est tenu pour certain et de le formuler clairement, n'ont pu en faire autant, cette impression peut aussi bien ne pas indiquer la bonne direction. La vérité semble être que, tout en parlant peu de principes, les Anglais n'en furent que plus sûrement guidés par des principes; alors qu'en France, la spéculation sur les principes fondamentaux empêcha elle-même qu'un choix quelconque ait pu prévaloir entre plusieurs combinaisons de principes.

Il est dangereux de considérer les conséquences certaines de nos actions comme plus importantes que celles qui sont simplement possibles

Le maintien d'un système libre est chose difficile, précisément parce que pour y parvenir il faut constamment rejeter des mesures qui seraient visiblement nécessaires pour obtenir certains résultats particuliers; or, pour les rejeter, nous n'avons pas d'argument plus fort que de montrer qu'elles contreviennent à une règle générale, et fréquemment nous ne savons même pas ce qu'il en coûtera d'enfreindre la règle dans le cas qui se présente. Une défense efficace de la liberté doit par conséquent être dogmatique et ne rien concéder aux expédients, même là où il n'est pas possible de montrer qu'en regard des avantages de l'expédient, qui sont connus, certaines répercussions nuisibles précises découleront de l'atteinte à la règle. La liberté ne prévaudra que si l'on admet comme axiome qu'elle constitue un principe dont l'application aux cas particuliers n'appelle aucune

justification. C'est donc une méprise que de reprocher au libéralisme d'avoir été trop doctrinaire. Son défaut ne fut pas de s'attacher trop obstinément à des principes, mais plutôt d'avoir manqué de principes suffisamment définis pour fournir des orientations certaines; ce qui l'a souvent fait paraître accepter simplement les fonctions traditionnelles du pouvoir et s'opposer à toute addition à ces fonctions-là. Une conduite cohérente n'est possible que si l'on adhère à des principes bien définis. Or, le concept de liberté qu'utilisaient les libéraux du XIXe siècle était à bien des égards trop vague pour fournir une orientation claire.

L'on ne s'abstiendra de restreindre la liberté individuelle dans les cas où cela semble le remède le plus simple et le plus direct à un mal reconnu, que s'il règne une foi solide dans des principes certains. La disparition de cette foi et la préférence pour les expédients proviennent en partie du fait que nous n'avons plus de principes qui puissent être rationnellement défendus. Les formules approximatives acceptées pendant un temps étaient inadéquates pour décider de ce qui est ou n'est pas permissible dans un système libre. Nous n'avons même plus un terme généralement compris pour nommer ce que décrit vaguement l'expression « système libre ». Il est certain que ni « capitalisme » ni « laissez-faire » ne le décrivent convenablement; et les deux termes sont plus en faveur chez les ennemis d'un système libre que chez ses partisans, ce qui se comprend aisément. « Capitalisme » est un mot approprié tout au plus pour la réalisation partielle d'un tel système dans une certaine phase de l'histoire; mais il est toujours trompeur parce qu'il suggère un système qui avantage surtout les capitalistes, alors qu'en réalité c'est un système qui impose à l'entreprise une discipline contre laquelle ses dirigeants renâclent, et à laquelle chacun s'efforce d'échapper. *Laissez faire* n'a jamais été plus qu'une devise empirique. Elle exprimait certes une protestation contre les abus du pouvoir de gouverner, mais elle n'a jamais fourni de critère par lequel on pourrait décider de ce qui constitue les fonctions propres du gouvernement. Cela s'applique en grande partie aussi aux expressions « libre entreprise », ou « économie de marché » qui, sans une définition de la sphère d'autonomie de l'individu, disent peu de chose. L'expression « liberté sous la loi », qui à un certain moment a peut-être mieux traduit que les autres le point essentiel, est devenue à peu près vide de sens parce que ni « liberté »

ni « loi » n'ont plus un sens précis. Et le seul terme qui dans le passé ait été généralement compris de façon correcte — à savoir « libéralisme » — s'est vu « comme suprême et involontaire compliment, annexé par les adversaires de cet idéal »[13].

Le lecteur profane peut ne pas se rendre nettement compte du degré auquel nous nous sommes déjà éloignés de l'idéal exprimé par ces termes. Certes, le juriste ou le politologue verront tout de suite que ce à quoi je vais apporter mon adhésion est un idéal qui s'est déjà largement évanoui, sans avoir jamais été pleinement réalisé, mais il est probablement vrai que la majorité des gens s'imaginent que quelque chose du même genre gouverne encore les affaires publiques. C'est parce que nous sommes déjà beaucoup plus loin de cet idéal que ne le supposent la plupart des gens, et parce que si cette évolution n'est bientôt bloquée, sa simple force d'inertie nous fera passer d'une société libre à une société totalitaire, qu'il nous faut reconsidérer les principes généraux qui guident nos actions politiques. Si nous sommes encore aussi libres qu'aujourd'hui, cela tient à ce que certains préjugés traditionnels, mais en voie de disparition rapide, ont freiné le processus par lequel la logique inhérente des changements que nous avons déjà introduits tend à s'affirmer dans un champ toujours plus vaste. Dans l'état actuel de l'opinion, la victoire finale du totalitarisme ne serait que celle des idées déjà prépondérantes dans la sphère intellectuelle, en face d'une résistance simplement traditionaliste.

Sur le faux réalisme et sur le nécessaire courage d'envisager l'utopie

En ce qui concerne la politique, des conséquences d'une très vaste portée découlent du constat méthodologique dressé à propos des ordres spontanés complexes : nous ne serons jamais capables de déterminer autre chose que les principes généraux sur lesquels ils fonctionnent, ni à même de prédire les changements particuliers que les événements affectant l'environnement entraîneront. Cela signifie que là où nous nous appuyons sur des forces ordonnatrices spontanées nous serons souvent incapables de prévoir par quels changements particuliers se réalisera la nécessaire adaptation à la modification des circonstances extérieures; et parfois même incapables de concevoir

comment la restauration d'un « équilibre » perturbé peut être réalisée. Cette ignorance de la façon dont le mécanisme de l'ordre spontané résoudra un tel « problème » — dont nous savons qu'il doit être résolu de quelque façon pour que l'ordre entier ne se disloque pas — provoque souvent une alarme panique, et l'on réclame que le gouvernement intervienne pour restaurer l'équilibre rompu.

Il arrive fréquemment qu'un début de compréhension du caractère de l'ordre spontané global ait pour effet de susciter des demandes de contrôle délibéré. Aussi longtemps que la balance commerciale, ou la correspondance de l'offre et de la demande d'une marchandise quelconque, s'ajustait spontanément après quelque perturbation, les hommes se demandèrent rarement comme cela se passait. Mais une fois qu'ils eurent compris la nécessité permanente de tels ajustements répétés, ils eurent l'impression qu'il fallait que quelqu'un soit chargé de la responsabilité de les effectuer. L'économiste, de par la nature même de son image schématique de l'ordre spontané, ne pouvait accueillir de telles appréhensions qu'en affirmant avec confiance que le nouvel équilibre réclamé s'établirait de lui-même d'une façon ou d'une autre, à condition qu'on ne gêne pas les forces spontanées; mais comme il est généralement dans l'impossibilité de prédire la façon précise dont cela se produira, ses affirmations ne sont pas très convaincantes.

Et pourtant, lorsqu'il est possible de prévoir comment les forces spontanées vont probablement rétablir l'équilibre perturbé, la situation devient encore pire. La nécessité de s'adapter à des événements imprévus signifiera toujours que quelqu'un va subir un dommage, que les espérances de quelqu'un seront déçues et ses efforts réduits à néant. Cela provoque la demande que l'ajustement requis soit opéré selon un processus délibéré; ce qui en pratique signifie que l'autorité aura à décider à qui faire mal. Le résultat est que souvent les ajustements nécessaires seront empêchés dès qu'ils seront prévisibles.

Tout ce que la science peut fournir comme connaissance utile pour conduire une politique, consiste en un éclairage sur la nature générale de l'ordre spontané; elle ne donnera aucune information sur les aspects particuliers d'une situation concrète; elle n'en possède pas et ne peut en posséder. L'appréciation correcte de ce que la science peut fournir à la solution de nos tâches politiques a été assez générale au XIXe siècle; elle a été obscurcie par une tendance nouvelle,

issue de la vogue dont jouit actuellement une conception erronée de la nature de la méthode scientifique : l'on croit que la science consiste en un répertoire de faits observés en eux-mêmes, ce qui est faux en ce qui concerne la science en général, et doublement déroutant là où nous avons affaire aux éléments d'un ordre complexe spontané. Etant donné que tous les événements en n'importe quelle partie d'un tel ordre sont interdépendants, et qu'un ordre abstrait de cette nature ne présente pas d'éléments concrets récurrents que l'on puisse identifier par des attributs propres, il est forcément vain d'essayer de découvrir par l'observation des régularités dans quelqu'une de ses parties. La seule théorie qui, en ce domaine, puisse prétendre au statut de science est celle de l'ordre global; et une telle théorie — bien que l'on doive évidemment la mettre à l'épreuve des faits — ne peut jamais être bâtie inductivement par l'observation; il faut construire des modèles mentaux à partir des éléments observables.

La sorte de science myope qui se concentre sur l'étude de faits particuliers parce qu'eux seuls sont observables empiriquement — et dont les adeptes se vantent même de ne pas être guidés par une conception de l'ordre global, parce qu'on ne peut l'obtenir que de ce qu'ils appellent « spéculation abstraite » — n'augmente en rien notre pouvoir de modeler un ordre désirable; et de fait, elle nous prive de toute orientation efficace pour agir avec succès. Le pseudo-réalisme s'abuse lui-même en croyant pouvoir se dispenser du fil d'Ariane d'une conception sur la nature de l'ordre global; il se confine dans l'examen de diverses « techniques » pour obtenir des résultats spéciaux; ce réalisme est en réalité hautement irréaliste. Spécialement lorsque cette attitude conduit, comme c'est fréquemment le cas, à recommander certaines mesures parce qu'elles sont considérées comme « praticables » dans un climat donné de l'opinion politique, le résultat est d'ordinaire simplement de nous enfoncer davantage dans une impasse. C'est à quoi doivent aboutir forcément des mesures successives qui toutes tendent à détruire l'ordre global, dans le même temps où ceux qui les préconisent s'imaginent tacitement que cet ordre subsiste.

Il est indéniable que dans une certaine mesure le modèle conducteur d'un ordre global sera toujours une utopie, quelque chose dont la situation réelle ne sera jamais qu'une lointaine approximation, et que bien des gens considéreront comme totalement impraticable.

Pourtant c'est seulement en se guidant constamment sur la conception d'un modèle intrinsèquement cohérent, susceptible d'être réalisé par l'application constante des mêmes principes, que l'on parviendra à quelque chose du genre d'un cadre effectivement favorable au fonctionnement d'un ordre spontané. Adam Smith pensait que « s'attendre, en vérité, à voir la liberté du négoce entièrement rétablie quelque jour en Grande-Bretagne, est aussi absurde que s'attendre à y voir jamais établie une Oceana ou une Utopia »[14]. Pourtant, soixante-dix ans plus tard, en grande partie grâce à son œuvre, cela fut réalisé.

Utopie, comme idéologie, est aujourd'hui un mot péjoratif; et il est vrai que la plupart des utopies visent à remodeler la société de fond en comble et souffrent de contradictions internes qui rendent leur réalisation impossible. Mais une image idéale d'une société qui ne serait pas entièrement réalisable, ou une conception pilote de l'ordre global à viser, n'en est pas moins la condition préalable et indispensable d'une politique rationnelle, en même temps que la contribution essentielle que la science peut apporter à la solution des problèmes de politique pratique.

Le rôle du juriste dans l'évolution politique

L'instrument principal du changement délibéré dans la société moderne est la législation. Mais si soigneusement que nous élaborions en esprit, à l'avance, chaque acte spécial de législation, nous ne sommes jamais libres de remodeler complètement le système juridique entier, ni de le tailler à neuf en plein tissu selon un dessein cohérent. Faire le droit est nécessairement un processus continu, dans lequel chaque pas produit des conséquences jusqu'alors imprévues sur ce que nous pourrons ou devrons faire ensuite. Les parties d'un système juridique ne sont pas tellement ajustées les unes aux autres suivant une vue générale les englobant toutes, qu'elles ne sont graduellement adaptées les unes aux autres par des applications successives de principes généraux aux problèmes particuliers. Des principes, à vrai dire, qui souvent ne sont pas même explicitement connus mais simplement implicites dans les diverses mesures que l'on prend. Pour ceux qui imaginent possible de disposer délibérément toutes les activités particulières d'une Grande Société suivant un plan cohérent, il est une constatation qui devrait modérer leur optimisme s'ils réfléchis-

saient : ce dont ils rêvent s'est avéré impossible même pour cet aspect partiel de l'ensemble qu'est le système juridique. Les idées régnantes provoquent un changement continuel, conduisant à des mesures qu'au début personne ne souhaitait ni ne prévoyait, mais qui à la longue apparaissent comme inévitables; peu de faits le montrent aussi clairement que le processus de l'évolution du droit. Chaque étape dans ce processus est provoquée par des problèmes qui surgissent quand les principes posés par des décisions antérieures (ou implicites dans ces décisions) sont appliqués à des circonstances qu'on ne prévoyait pas alors. Il n'y a rien de particulièrement mystérieux dans cette « dynamique interne du droit » qui produit une évolution que personne ne veut comme telle.

Dans ce processus le juriste individuel est, nécessairement, moins un initiateur conscient qu'il n'est un instrument inconscient, un anneau dans une chaîne d'événements qu'il ne voit pas comme un ensemble. Qu'il agisse comme juge, ou comme rédacteur d'un texte de loi, le cadre de conceptions générales dans lequel il doit insérer sa décision lui est imposé, et sa tâche est d'appliquer ces principes généraux du droit, non de les discuter. Si préoccupé qu'il puisse être des conséquences ultérieures de ses décisions, il ne peut les juger que dans le contexte de tous les autres principes admis dans le droit et qui sont pour lui des données impératives. C'est assurément ce qu'il convient de faire; il est de l'essence de la pensée juridique et des justes décisions, que le juriste s'efforce de rendre le système cohérent.

L'on dit souvent que le juriste est conservateur par déformation professionnelle[15]. Dans certaines conditions, à savoir lorsqu'un certain nombre de principes fondamentaux du droit ont été acceptés depuis longtemps, ces principes gouverneront réellement l'ensemble du système juridique, son esprit général aussi bien que chaque règle particulière qu'il contient, et l'application qui en est faite. A de telles époques, il aura une grande stabilité intrinsèque. Chaque juriste, lorsqu'il a à interpréter ou appliquer une règle qui ne s'accorde pas bien au reste du système, s'efforce de l'infléchir de telle sorte qu'elle soit conforme aux autres règles. La profession juridique dans son ensemble peut ainsi parfois, en effet, neutraliser l'intention du législateur ; non par mépris de la loi mais, au contraire, parce que leur technique les amène à donner la préférence à ce qui est encore la partie prédominante du droit et à ajuster un élément étranger qu'il

faut y introduire, en le transformant de telle sorte qu'il s'harmonise avec l'ensemble.

La situation est complètement différente, néanmoins, lorsqu'une philosophie du droit qui n'est pas d'accord avec la majeure partie des lois existantes a récemment pris le dessus. Les mêmes juristes, de par les mêmes habitudes et les mêmes techniques, deviennent généralement et tout aussi inconsciemment une force révolutionnaire, aussi efficace pour transformer le droit jusque dans son moindre détail, qu'elle ne l'était précédemment pour le maintenir inchangé. Les mêmes forces qui, dans la première situation, ont pour effet l'absence de mouvement, deviendront dans la seconde un facteur d'accélération du changement jusqu'à ce que le corps entier du droit se trouve transformé à un point que personne n'avait prévu ni souhaité. Ce processus pourra conduire soit à un nouvel équilibre, soit à une désintégration de tout le corps du droit au sens où nous comprenons encore généralement le mot; cela dépendra du caractère de la nouvelle philosophie.

Nous vivons une telle période de transformation du droit par des forces internes; et il est à penser que, si les principes qui à présent guident le processus ont le champ libre pour développer toutes leurs conséquences logiques, le droit tel que nous le connaissons, c'est-à-dire comme la principale protection de la liberté de l'individu, est appelé à disparaître. Déjà dans bien des domaines les juristes, instruments d'une conception générale dont ils ne sont pas les auteurs, sont devenus les agents non pas de principes de justice, mais d'un appareil dans lequel les individus sont contraints de servir les objectifs de ceux qui les gouvernent. La pensée juridique apparaît déjà dominée, dans une si forte mesure, par de nouvelles conceptions du rôle de la loi que, si ces conceptions étaient appliquées selon leur logique, tout le système des règles de la conduite individuelle se trouverait transformé en un système de règles d'organisation.

Ces courants ont assurément été observés avec appréhension par nombre de juristes de profession, dont le souci principal est encore ce qu'on appelle parfois le « droit des juristes », c'est-à-dire ces règles de juste conduite qui ont été un temps considérées comme *le* droit proprement dit. Mais le dernier mot en jurisprudence est passé, au cours de l'évolution que nous venons de décrire, des praticiens du droit privé aux juristes de l'Etat ; le résultat est qu'aujourd'hui les postulats philosophiques qui gouvernent toujours le développe-

ment de l'ensemble des lois, y compris celles du droit privé, sont presque entièrement modelés par des hommes dont le souci majeur est le droit public, c'est-à-dire les règles d'organisation du gouvernement.

L'évolution moderne du droit a été largement orientée par des idées économiques erronées

Il serait cependant injuste de blâmer de cet état de choses les juristes plus que les économistes. Le praticien du droit remplira en général d'autant mieux sa mission, s'il s'en tient à appliquer les principes de droit qu'on lui a enseignés et qu'il a le devoir d'appliquer de façon cohérente. C'est seulement au niveau de la théorie du droit, dans la formulation et l'élaboration de ces principes généraux, que se pose le problème fondamental de leur relation à un ordre viable des activités. Pour une telle tâche de formulation et d'élaboration, il est absolument essentiel que cet ordre soit clairement compris afin que puisse être fait un choix intelligent entre des principes incompatibles. Pendant les deux ou trois dernières générations, pourtant, c'est plutôt une incompréhension qu'une compréhension du caractère de cet ordre, qui a conduit la philosophie de la législation.

Les économistes pour leur part, du moins après l'époque de David Hume et d'Adam Smith qui étaient aussi des philosophes du droit, n'ont assurément pas montré davantage d'appréciation de la signification du système de règles juridiques, dont l'existence était tacitement impliquée dans leurs raisonnements. Ils ont rarement donné à leur explication de la formation d'un ordre spontané une forme qui aurait rendu cette explication utilisable pour un théoricien du droit. Mais ils ont probablement contribué, inconsciemment, à la transformation de tout l'ordre social autant que ne l'ont fait les juristes.

Cela devient évident quand nous examinons la raison régulièrement invoquée par les juristes, pour les grands changements qu'a subis le caractère du droit pendant les cent dernières années. Partout, dans la littérature juridique, qu'elle soit anglaise ou américaine, française ou allemande, nous trouvons les nécessités économiques alléguées comme les raisons de ce changement. Pour l'économiste qui lit de quelle façon les juristes expliquent la transformation du

droit, c'est là une expérience quelque peu mélancolique : il voit que tous les péchés de ses prédécesseurs retombent sur lui. Les descriptions de l'évolution contemporaine du droit fourmillent de références aux « forces contraignantes irréversibles » et aux « tendances inéluctables » qui, à ce que l'on prétend, auraient impérativement exigé les changements examinés. Le fait que « toutes les démocraties modernes » aient fait ceci ou cela, est présenté comme la preuve de la sagesse ou de la nécessité de ces changements.

Ces descriptions parlent invariablement d'une période passée de *laissez-faire*, comme s'il y avait eu une époque où l'on ne faisait aucun effort pour améliorer le cadre juridique afin que le marché fonctionne de façon plus bienfaisante, ou pour suppléer à ses résultats. Presque sans exception elles basent leur argumentation sur la *fable convenue* selon laquelle la libre entreprise a fonctionné au détriment des travailleurs manuels et prétendent que le « capitalisme naissant » ou le « libéralisme » avaient provoqué un affaiblissement du niveau de vie matériel des classes laborieuses. La légende, bien que complètement mensongère[16], est devenue partie intégrante du folklore de notre époque. Le fait est, à l'évidence, que par suite du développement des libres marchés, la rémunération du travail manuel a reçu pendant les dernières cent cinquante années un accroissement que n'avait connu aucune période précédente de l'Histoire. La plupart des ouvrages contemporains de philosophie juridique sont pleins aussi de vieux clichés sur la prétendue tendance de la concurrence à se détruire elle-même, ou sur le besoin de « planification » créé par la complexité accrue du monde moderne, clichés dérivés de la marée d'enthousiasme pour le « planisme » d'il y a trente ou quarante ans, lorsque sa nécessité était largement admise et que ses implications totalitaires n'étaient pas encore clairement comprises.

L'on peut certes se demander si pendant les cent cinquante dernières années le principal canal qui a déversé de fausses idées économiques a ou non été l'enseignement donné aux jeunes juristes par leurs aînés, leur disant qu'il était « nécessaire » que telle ou telle chose fût faite, que telle ou telle circonstance avait « rendu inévitable » que certaines mesures fussent prises. Il semble presque que ce soit une habitude chez les juristes de considérer le fait que le législateur ait décidé quelque chose, comme une preuve de la sagesse de la décision. Il en découle pourtant que ses efforts à lui, juriste,

seront utiles ou nuisibles selon la sagesse ou la sottise de la jurisprudence sur laquelle il se guide, et qu'il sera probablement responsable de la perpétuation des erreurs comme de la sagesse du passé. S'il accepte de tenir pour obligatoire envers lui-même l'orientation observable de l'évolution en cours, il y a autant de chances qu'il devienne soit le simple instrument à travers lequel se développent d'eux-mêmes des changements qu'il ne comprend pas, soit le créateur conscient d'un nouvel ordre des choses. Si telle est la situation, il faudra bien chercher des critères de désirabilité de l'évolution ailleurs que dans la science du droit.

Cela ne signifie point que seule l'économie fournisse les principes qui devraient guider la législation — bien qu'à en juger par l'influence que les conceptions économiques exercent, l'on doive souhaiter qu'une telle influence provienne de bonnes théories économiques, et non du fatras de mythes et d'idées toutes faites sur le déroulement de la vie économique, qui semble aujourd'hui gouverner la pensée juridique. Notre thèse est plutôt celle-ci : les principes et postulats qui orientent le développement du droit proviennent inévitablement pour partie d'en dehors du domaine du droit, et ils ne peuvent être utiles que s'ils sont basés sur une vue correcte de la façon dont les activités au sein de la Grande Société peuvent être effectivement ordonnées.

Le rôle du juriste dans l'évolution sociale et la façon dont ses actions sont décidées sont, en vérité, la meilleure illustration d'une vérité d'importance fondamentale : à savoir que, bon gré mal gré, les facteurs qui déterminent cette évolution seront toujours des idées hautement abstraites et souvent inconsciemment admises, sur ce qui est bien et convenable; mais non pas des objectifs particuliers ou des désirs concrets. Ce n'est pas tant ce à quoi visent les hommes, que ce qu'ils considèrent comme des méthodes permises, qui détermine non seulement ce qui sera fait, mais aussi si quelqu'un doit avoir le pouvoir de le faire. C'est le message souvent réitéré des plus grands connaisseurs des problèmes de la société, mais un message toujours négligé, que « bien que les hommes soient bien davantage gouvernés par l'intérêt, néanmoins l'intérêt lui-même, et toutes les affaires humaines, sont entièrement gouvernés par l'*opinion* »[17].

Rares sont les affirmations qui rencontrent autant d'incrédulité de la plupart des hommes pratiques, et qui soient aussi fort négligées par l'école régnante de pensée politique, que ne l'est celle-ci : ce que

l'on étiquette avec mépris comme idéologie, exerce son empire sur ceux qui se croient hors de son influence; et même davantage sur eux, que sur ceux qui y adhèrent consciemment. Pourtant, il est peu de choses qui s'impriment plus fortement à l'esprit de qui étudie l'évolution des institutions dans la société, que le fait qu'elles sont déterminées de façon décisive, non pas par de bonnes ou malencontreuses intentions quant à leurs conséquences directes, mais par les postulats en fonction desquels les problèmes particuliers sont tranchés.

Le pouvoir des idées abstraites tient largement au fait qu'elles ne sont pas consciemment prises comme des théories, mais traitées par la plupart des gens comme des vérités pleinement évidentes en elles-mêmes, et qu'elles jouent ainsi le rôle de postulats tacites. Que ce pouvoir dominant des idées soit rarement reconnu, cela est dû à la manière par trop simpliste dont on l'affirme souvent; elle suggère que quelque grand esprit a eu le pouvoir d'imprimer ses conceptions particulières sur des générations successives. Mais quelles idées domineront, le plus souvent sans que les gens en aient conscience, cela est évidemment déterminé par un processus lent et immensément complexe que l'on peut rarement reconstituer schématiquement, même après coup. Il est certes humiliant de devoir admettre que nos décisions actuelles sont influencées par ce qui s'est passé il y a fort longtemps dans une lointaine spécialité, sans que le public en général en ait eu jamais connaissance, et sans que les premiers qui formulèrent la nouvelle idée se soient avisés des conséquences qu'elle aurait, surtout quand ce n'était pas la découverte de faits nouveaux mais une idée philosophique générale qui plus tard affecta des décisions particulières. De telles opinions sont acceptées sans réflexion, non seulement par « l'homme de la rue », mais aussi par les experts de diverses spécialités, généralement pour la simple raison qu'elles sont par hasard à la mode.

Il est nécessaire de se rendre compte que la plupart des facteurs les plus pernicieux en ce monde ont souvent pour source non pas de méchantes gens mais des idéalistes aux nobles intentions; et qu'en particulier les fondations de la barbarie totalitaire ont été posées par d'honorables savants bien intentionnés, qui n'ont jamais reconnu leur progéniture intellectuelle[18]. C'est un fait, tout spécialement dans le domaine juridique, que certains postulats philosophiques conducteurs ont amené une situation où des théoriciens désireux de bien

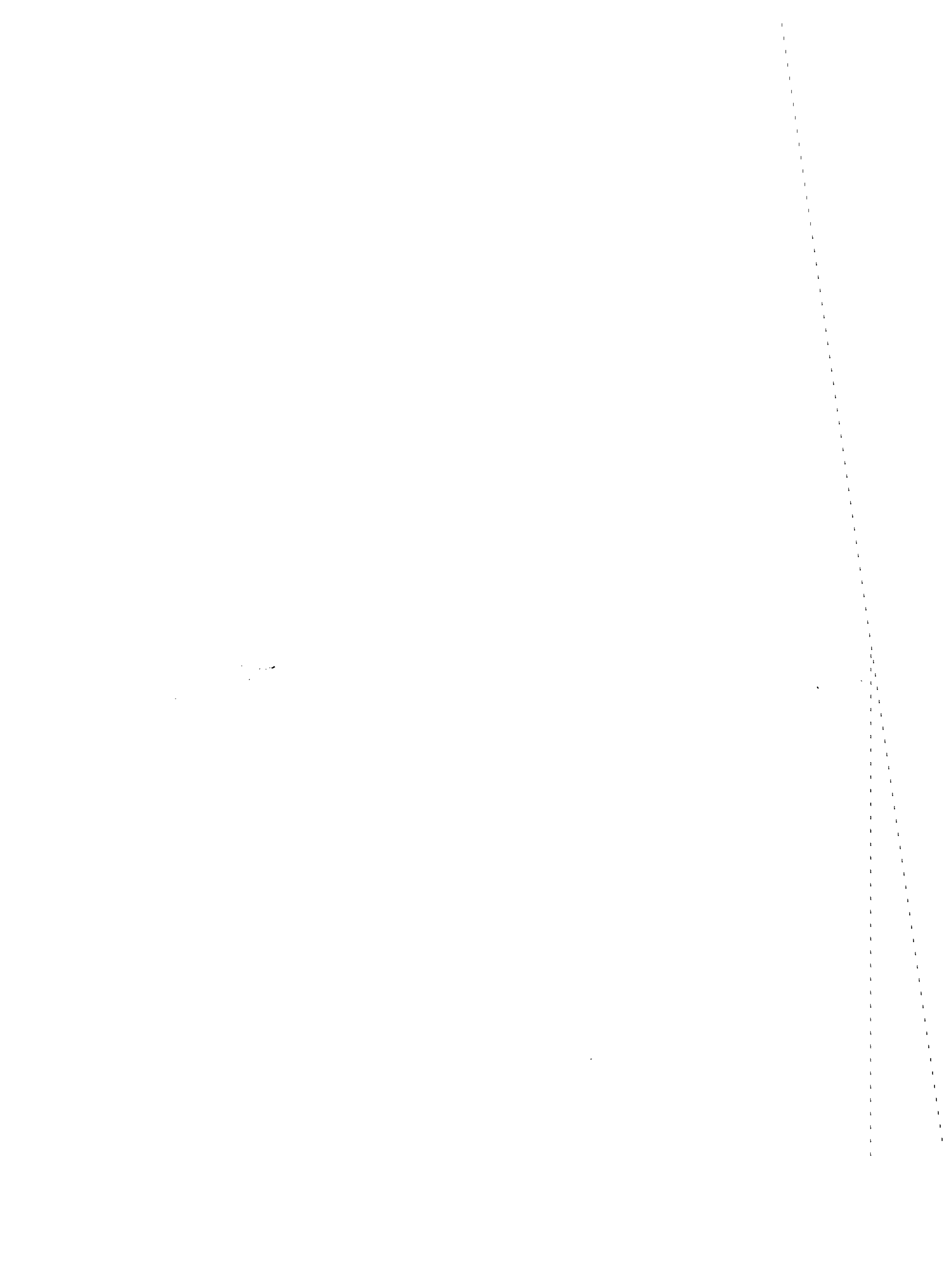
faire, et hautement admirés jusqu'à nos jours même dans les pays libres, ont livré toutes prêtes les conceptions de base d'un ordre totalitaire. En fait, les communistes, non moins que les fascistes et les nationaux-socialistes ont eu simplement à se servir des idées fournies par des générations de théoriciens du droit, pour mettre sur pied leurs doctrines.

Cependant, ce qui nous occupe ici est moins le passé que le présent. En dépit de l'effondrement des régimes totalitaires dans les pays d'Occident, leurs idées de base ont, dans la sphère des théories, continué à gagner du terrain, tant et si bien que pour transformer complètement le système juridique en système totalitaire, il suffira de permettre aux idées qui déjà règnent dans le monde des abstractions, d'être traduites dans la pratique.

Nulle part cette situation ne peut être vue plus clairement qu'en Allemagne, qui non seulement a largement fourni au reste du monde les conceptions philosophiques qui ont engendré les régimes totalitaires, mais a été l'un des premiers pays à succomber à ce produit de conceptions nourries dans la sphère de l'abstrait. Bien que l'Allemand moyen ait probablement, par son expérience, été radicalement purgé de toute inclination consciente pour les manifestations reconnaissables du totalitarisme, les idées philosophiques de base se sont simplement repliées dans la sphère abstraite; et maintenant elles rougeoient dans le cœur de savants graves et estimés, toutes prêtes, si l'on ne les discrédite à temps, à dominer de nouveau la marche des événements.

Il n'y a vraiment pas de meilleur exemple, ni de formulation plus explicite, de la manière dont des conceptions philosophiques concernant la nature de l'ordre social influent sur l'évolution du droit, que les théories de Carl Schmitt qui, longtemps avant que Hitler n'arrive au pouvoir, dirigea toutes ses redoutables énergies intellectuelles dans un assaut contre le libéralisme sous toutes ses formes[19]. Il devint ensuite l'un des principaux juristes faisant l'apologie de Hitler, et il jouit encore d'une grande influence auprès des Allemands versés dans la philosophie du droit et auprès des juristes de droit public. Sa thèse centrale, dans la formulation définitive qu'il lui donna, est qu'en partant de la pensée « normative » de tradition libérale, le droit a peu à peu progressé d'abord vers une phase « décisionniste » où la volonté des autorités législatives décidait dans des cas particuliers,

pour arriver à la conception de la « formation d'un ordre concret »; ce dernier développement impliquant « une réinterprétation de l'idéal du *nomos* en une conception totale du droit englobant un ordre et une communauté de caractère concret »[20]. En d'autres termes, le droit ne doit pas consister en règles abstraites qui rendent possible la formation d'un ordre spontané par la libre action des individus, à travers la définition du champ ouvert à leurs actions; il doit être l'instrument d'arrangement ou d'organisation par lequel les individus sont attelés à la réalisation d'objectifs concrets. C'est là l'aboutissement inévitable d'un processus intellectuel dans lequel les forces auto-ordinatrices de la société et le rôle de la loi comme mécanisme au service de l'ordre ont cessé d'être compris.



4

TRANSFORMATIONS DE L'IDÉE DE DROIT

« *Non ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est regula fiat* » (Julius PAULUS*).

Le droit est plus ancien que la législation

La législation, ou confection délibérée de lois, a été décrite à juste titre comme l'invention humaine la plus lourde de conséquences, ses effets portant plus loin que l'invention du feu ou de la poudre à canon[1]. A la différence du droit lui-même, qui n'a jamais été « inventé » au même sens du terme, l'invention de la législation est intervenue relativement tard dans l'histoire du genre humain. Elle a placé entre les mains des hommes un instrument d'une grande puissance, dont ils avaient besoin pour réaliser de bonnes choses mais qu'ils n'ont pas appris à maîtriser de telle sorte qu'il ne provoque pas de grands maux. Elle a ouvert à l'homme des possibilités entièrement nouvelles, et lui a donné conscience d'un pouvoir accru sur sa propre destinée. Toutefois, la discussion pour savoir qui devrait détenir ce pouvoir a indûment rejeté dans l'ombre la question beaucoup plus fondamentale qui est de savoir jusqu'où ce pouvoir devrait s'étendre. Il restera indubitablement un pouvoir dangereux à l'excès, aussi longtemps que nous croirons qu'il ne peut causer de dégâts que s'il est confié à de mauvaises gens[2].

Le droit, au sens de règles de conduite obligatoires, est certainement aussi ancien que la société; seule l'observance de règles communes rend possible l'existence pacifique des individus au sein d'une société[3]. Longtemps avant que l'homme n'ait élaboré le langage au point de pouvoir s'en servir pour formuler des commandements

d'ordre général, un individu n'était accepté comme membre dans un groupe que s'il se conformait à ses règles. De telles lois pouvaient, en un certain sens, n'être pas connues et rester encore à découvrir; car il y a un long chemin à parcourir depuis la situation où l'on « sait comment » agir[4], où l'on est également capable de discerner si les actes d'autrui sont conformes ou non aux pratiques reçues, jusqu'à la situation où l'on est capable de formuler avec des mots de telles règles. Bien qu'il ait pu être généralement reconnu que la découverte et l'énonciation de ce qu'étaient les règles admises (ou la formulation de règles qui seraient approuvées quand on les appliquerait) constituaient une tâche exigeant une sagesse spéciale, personne encore ne considérait la loi comme quelque chose que les hommes puissent faire à leur gré.

Ce n'est pas par hasard que nous employons encore le même terme « loi » pour les règles invariables qui gouvernent la nature et pour les règles qui gouvernent la conduite des hommes. Les unes et les autres étaient au début également conçues comme quelque chose qui existait indépendamment des volontés humaines. Bien que les tendances anthropomorphiques de la pensée primitive aient amené les hommes à attribuer souvent ces deux sortes de lois à la décision de quelque être surnaturel, elles étaient regardées comme des vérités éternelles que l'homme pouvait essayer de découvrir, mais qu'il ne pouvait pas modifier.

Pour l'homme moderne, d'autre part, l'idée que toute loi gouvernant l'action des hommes est le produit de législateurs semble si évidente que l'affirmation que la loi est plus ancienne que la confection de lois a presque le caractère d'un paradoxe. Pourtant il ne peut y avoir de doute : la loi existait depuis fort longtemps lorsque les hommes s'aperçurent qu'ils pouvaient la faire ou la changer. L'idée qu'ils en étaient capables n'apparut guère que dans la Grèce classique; et même alors, elle devait être submergée et ne reparaître pour être progressivement adoptée que vers la fin du Moyen Age[5]. Dans la forme où nous la voyons maintenant largement répandue, c'est-à-dire que toute loi est, peut être, et doit être le produit de la libre intervention d'un législateur, cette opinion est matériellement fausse; elle est un produit erroné du rationalisme constructiviste que nous avons décrit précédemment.

Nous verrons plus loin que la conception du positivisme juridique

qui fait dériver tout le droit de la volonté d'un législateur est un produit de l'illusion intentionnaliste caractéristique du constructivisme, une rechute dans les théories qui rattachent à un dessein toutes les institutions humaines, en contradiction absolue avec tout ce que nous savons de l'évolution du droit et de la plupart des autres institutions humaines.

Ce que nous connaissons des sociétés pré-humaines et humaines primitives suggère une origine différente et une autre formation du droit que celles affirmées par les théories qui le rattachent à la volonté d'un législateur. Or, bien que la doctrine positiviste soit en si flagrant conflit avec ce que nous savons de l'histoire de notre droit, l'histoire juridique proprement dite ne commence qu'à un stade de l'évolution trop tardif pour faire clairement ressortir ses origines. Si nous voulons nous affranchir de l'influence omniprésente de l'*a priori* intellectuel selon lequel l'homme, dans sa sagesse, a conçu ou a toujours pu concevoir l'entier système des règles juridiques ou morales, il nous faut commencer par jeter un regard sur les débuts, primitifs et même pré-humains, de la vie sociale.

La théorie sociale a, ici, beaucoup à apprendre de deux jeunes sciences : l'éthologie et l'anthropologie culturelle, qui à bien des égards se sont édifiées sur les fondations de la théorie sociale, posées en premier lieu au XVIIIe siècle par les philosophes moralistes écossais. Dans le domaine du droit, en effet, ces jeunes disciplines vont très loin pour confirmer les conclusions évolutionnistes d'Edward Coke, Matthew Hale, David Hume et Edmund Burke, F. C. von Savigny, H. S. Maine et J. C. Carter; et elles rejettent complètement le constructivisme rationaliste de Francis Bacon, Thomas Hobbes, Jeremy Bentham ou John Austin, ou encore des positivistes allemands, de Paul Laband à Hans Kelsen.

Les enseignements de l'éthologie et de l'anthropologie culturelle

L'étude comparée des comportements a ainsi jeté une lumière importante sur l'évolution du droit, principalement à deux égards : elle a rendu évident, premièrement, que les individus avaient appris à observer (et à faire respecter) des règles de conduite, bien avant que de telles règles puissent être formulées en mots; et, secondement, que

ces règles s'étaient développées parce qu'elles menaient à la formation d'un ordre des activités du groupe, qui doit être nettement distingué des régularités observées dans les actions individuelles bien que cet ordre résulte de ces régularités. Car c'est de l'efficacité de l'ordre résultant des activités que découlera la supériorité des groupes dont les membres observent certaines règles de conduite[6].

Considérons le fait que l'homme est devenu homme et a développé sa raison et le langage en vivant, pendant quelque chose comme un million d'années, dans des groupes maintenus unis par des règles de conduite communes ; et que l'un des premiers usages de la raison et du langage doit avoir été d'enseigner et de faire respecter ces règles établies. Il sera donc utile de considérer d'abord l'évolution des règles qui étaient simplement appliquées en fait, avant de nous tourner vers le problème de leur formulation progressive dans le langage. Des ordres sociaux reposant sur des systèmes fort complexes de telles règles de conduite, nous en trouvons même parmi des animaux placés très bas dans l'échelle de l'évolution. Pour ce qui nous occupe présentement, il n'est pas important de savoir qu'à ces niveaux inférieurs d'évolution les règles sont probablement pour la plupart innées (ou transmises génétiquement) et peu apprises (ou transmises « culturellement »). Il est maintenant bien établi que parmi les vertébrés supérieurs l'apprentissage joue un rôle important dans la transmission de ces règles, de sorte que des règles nouvelles peuvent se répandre rapidement parmi des groupes étendus et, dans le cas de groupes isolés, engendrent des traditions « culturelles » distinctes[7]. Il est peu contesté, d'autre part, que l'homme soit aussi guidé non seulement par des règles apprises, mais aussi par quelques règles innées. Nous nous intéressons ici surtout aux règles apprises, et à la manière dont elles sont transmises ; mais en étudiant le problème des relations réciproques entre les règles de conduite et l'ordre général des actions en résultant, il est indifférent que les règles dont on s'occupe soient d'un type ou d'un autre, ou même, comme ce sera généralement le cas, que les deux types de règles s'influencent mutuellement.

L'étude comparée des comportements a montré que dans beaucoup de sociétés animales le processus de l'évolution sélective a produit des formes de comportement hautement ritualisées, gouvernées par des règles de conduite dont l'effet est de réduire la violence et les autres méthodes d'adaptation dispendieuses et, par là, d'assurer

un ordre de paix. Cet ordre est fréquemment basé sur la délimitation de domaines territoriaux, ou de « propriété », qui sert non seulement à éliminer les luttes inutiles, mais même à substituer des obstacles préventifs aux obstacles répressifs pour freiner la croissance de la population; par exemple, lorsqu'un mâle qui n'a pas établi un domaine ne trouve pas de femelle et ne peut se reproduire. Fréquemment, nous trouvons des ordres complexes hiérarchiques qui garantissent que seuls les mâles les plus vigoureux se multiplieront. Personne, ayant étudié la littérature sur les sociétés animales, ne considérera comme simplement métaphoriques les expressions où tel auteur décrit « le système compliqué de propriété de l'habitat » chez les écrevisses et les procédures cérémonielles par lesquelles il est maintenu[8], ou lorsque tel autre conclut sa description de la rivalité entre rouges-gorges en disant que « la victoire ne va pas au plus fort mais à celui qui est dans son droit — c'est-à-dire à celui qui est le légitime propriétaire »[9].

Nous ne pouvons donner ici plus que ces quelques exemples tirés des mondes fascinants que ces études ont peu à peu révélés[10], mais nous devons nous tourner vers les problèmes qui se posent lorsque l'homme, vivant dans des groupes régis par de multiples règles, développe graduellement sa raison et son langage, et s'en sert pour enseigner et faire appliquer les règles. A ce stade, il suffit de voir que ces règles existaient réellement, qu'elles remplissaient un rôle essentiel pour la préservation du groupe, et qu'elles étaient effectivement transmises et sanctionnées, bien qu'elles n'aient jamais été « inventées », exprimées par des mots, ni affectées d'un « objectif » connu de quiconque.

Règle, dans ce contexte, signifie simplement la propension ou disposition à agir, ou ne pas agir, d'une certaine façon, qui se manifeste dans ce que nous appelons une *pratique*[11] ou coutume. Comme telle, la règle sera l'un des déterminants de l'action; un déterminant qui, néanmoins, ne doit pas nécessairement se présenter dans toute action mais peut prévaloir simplement dans la plupart des cas. Chacune de ces règles opérera toujours en combinaison, et souvent en opposition, avec d'autres règles et dispositions et avec des mobiles particuliers; quant à savoir si telle règle prévaudra dans un cas particulier, cela dépendra de la force de la propension qu'elle décrit et de la force des autres dispositions ou mobiles jouant en même temps.

Le conflit qui souvent s'élèvera entre les désirs immédiats et les règles ou inhibitions enracinées est clairement attesté par l'observation des animaux[12].

Il faut particulièrement souligner que ces propensions ou dispositions présentées par les animaux supérieurs seront souvent d'un caractère hautement général et abstrait, c'est-à-dire qu'elles seront orientées vers un très large genre d'actions qui peuvent différer considérablement les unes des autres dans leur détail. Elles seront en ce sens certainement beaucoup plus abstraites que tout ce qu'un langage rudimentaire peut exprimer. Pour comprendre le processus de la formulation progressive de règles qui ont été depuis longtemps appliquées, il est important de se rappeler que les abstractions, loin d'être un produit du langage, étaient acquises par l'esprit fort longtemps avant qu'il n'élabore le langage[13]. Le problème de l'origine et de la fonction de ces règles qui gouvernent aussi bien la pensée que l'action est, par conséquent, totalement distinct du problème de la façon dont elles vinrent à être exprimées en forme verbale. Il n'est guère douteux que même à l'heure actuelle les règles qui ont ainsi été formulées, et qui peuvent être communiquées par le langage, ne sont qu'une partie du complexe total des règles qui guident les actions des hommes en tant qu'êtres sociaux. Je doute que quiconque ait jusqu'ici réussi à formuler toutes les règles qui constituent le « fair play », par exemple.

Le processus de formulation des pratiques

Même les plus anciens efforts délibérés des chefs de clan ou de tribu pour maintenir l'ordre doivent être vus comme ayant eu lieu au sein d'un cadre donné de règles, bien qu'elles fussent des règles consistant à « savoir comment » faire et non pas à « savoir que » l'on pouvait les exprimer en tels ou tels termes. Le langage doit certainement avoir servi très tôt à les enseigner, mais seulement en tant que moyen d'indiquer les actions particulières qui étaient requises ou prohibées dans des situations particulières. Comme dans l'apprentissage du langage même, l'individu a dû apprendre à agir conformément à des règles en imitant des actions particulières qui leur correspondaient. Aussi longtemps que le langage n'est pas suffisamment développé pour qu'il puisse exprimer des règles générales, il n'y a

pas d'autre moyen par lequel des règles puissent être enseignées. Mais bien qu'à ce stade elles n'existent pas en forme verbale, elles n'en existent pas moins au sens qu'elles gouvernent l'action. Et ceux qui ont les premiers tenté d'exprimer ces règles par des mots ne les ont pas inventées, mais se sont efforcés de dire quelque chose qui leur était déjà bien connu[14].

Bien que l'idée n'en soit pas encore familière, le fait que le langage soit souvent insuffisant pour exprimer ce que l'esprit est capable de prendre en compte pour déterminer l'action, ou le fait que nous ne sachions souvent pas communiquer verbalement ce que nous connaissons parfaitement en pratique, a été clairement établi dans de nombreux domaines[15]. Il est étroitement lié au fait que les règles qui gouvernent l'action sont souvent beaucoup plus générales et abstraites que tout ce que le langage est actuellement capable d'exprimer. De telles règles abstraites sont apprises en imitant des actions particulières, d'où l'individu acquiert « par analogie » la capacité d'agir dans d'autres cas selon les mêmes principes que, pourtant, il serait bien incapable de formuler en tant que principes.

Pour notre propos, cela signifie que non seulement dans la tribu primitive mais aussi dans des communautés plus avancées, le chef ou le dirigeant exercera son autorité à deux fins totalement différentes : il s'en servira pour enseigner ou imposer des règles de conduite qu'il considère comme établies, bien qu'il puisse n'avoir qu'une faible idée de leur importance ou de ce qui est en jeu dans leur application; il donnera aussi des ordres en vue d'opérations qu'il juge nécessaires pour parvenir à des objectifs particuliers. Il y aura toujours des zones d'activité où il n'interviendra pas, aussi longtemps que les individus n'enfreignent pas les règles reconnues; mais dans certaines occasions, telles que les expéditions de chasse, les migrations ou la guerre, ses commandements devront conduire les individus à des actions déterminées.

Le caractère différent de ces deux façons dont l'autorité peut être exercée sera manifeste même dans des situations relativement primitives, par le fait que la légitimité peut être contestée dans le premier cas, mais non dans le second : le droit du chef d'exiger une certaine conduite dépendra de l'adhésion générale à une règle qui y corresponde, tandis que ses instructions pour une entreprise commune seront déterminées par son plan d'opérations et par les circonstances

particulières dont il peut avoir connaissance à l'exclusion d'autres participants. La nécessité de légitimer les commandements de la première espèce a dû conduire à formuler verbalement les règles que ces commandements tendent à faire observer. Une même nécessité d'exprimer les règles par des mots a dû apparaître également dans le cas de disputes que l'on demande au chef de trancher. L'expression formelle d'une pratique établie ou d'une coutume, par une règle verbalisée, ne visait qu'à obtenir le consensus touchant son existence, et non pas à confectionner une règle nouvelle. Et cette formulation dans le langage a dû rarement réaliser davantage qu'une expression imparfaite et partielle de ce qui était bien connu en pratique.

Le processus d'une mise en forme verbale graduelle de ce qui avait de longue date constitué une pratique établie doit avoir été lent et complexe[16]. Les premiers essais maladroits pour exprimer en mots ce que la plupart observaient en pratique ne pouvaient ordinairement ni exprimer uniquement, ni couvrir en totalité, ce que les individus prenaient effectivement en compte pour déterminer leurs actions. Les règles inexprimées contiendront donc d'habitude à la fois plus et moins que ce que les règles verbales parviennent à exprimer. D'autre part, la formulation deviendra souvent nécessaire parce que la connaissance « intuitive » ne donne pas une réponse claire à la question qui se pose. C'est pourquoi le processus de mise en forme verbale aboutira, sans intention de le faire, à poser des règles nouvelles. Néanmoins les règles explicites ne remplaceront pas complètement, alors, les règles informulées; elles fonctionneront et seront intelligibles seulement dans un cadre de règles encore inexplicites.

Si ce processus de la mise en forme verbale de règles préexistantes aboutit souvent à en modifier la structure, cela n'a pourtant que peu de conséquences sur l'opinion que ceux qui formulent ces règles ne font rien de plus, et n'ont le droit de faire rien de plus, que de chercher à exprimer des règles déjà existantes; dans cette tâche, des hommes faillibles se tromperont souvent, mais en la remplissant ils n'ont pas le choix. La tâche sera considérée comme consistant à découvrir quelque chose qui existe et non pas à créer quelque chose de neuf; Ce qui n'empêche pas que le résultat de tels efforts puisse être la création de ce qui n'existait pas auparavant.

Tout cela reste vrai même dans le cas, indubitablement fréquent, où ceux que l'on charge de la décision sont amenés à édicter des

règles que personne ne suivait jusque-là. Car ils ont le souci non seulement d'un corps de règles mais encore d'un ordre dans les actions, résultant de l'obéissance à ces règles; cet ordre, les hommes le discernent comme fonctionnant déjà, et son maintien peut appeler des règles spéciales. Ils peuvent se rendre compte que, pour préserver cet ordre d'actions existant déjà, et vers lequel tendent toutes les règles reconnues, il faudrait instaurer quelque autre règle qui permette de trancher des disputes auxquelles les règles reconnues ne fournissent pas de solution. En ce sens, une règle qui n'existait pas encore peut pourtant apparaître comme « implicite » dans le corps des règles existantes; non dans le sens qu'elle s'en déduit logiquement, mais dans le sens que cette règle additionnelle est nécessaire pour que les règles existantes parviennent à leur objectif.

Règles de fait et règles normatives

Il est assez important de reconnaître que, lorsque nous avons affaire à des règles inexprimées, une distinction qui semble très claire et évidente au regard des règles explicites devient alors beaucoup moins claire et peut-être, parfois, impossible à énoncer. Il s'agit de la distinction entre les règles descriptives qui affirment la récurrence habituelle de certaines séquences d'événements (y compris des actions des hommes), et les règles normatives qui affirment que de telles séquences « devraient » avoir lieu. Il est difficile de dire à quel stade de la transition graduelle entre l'observance totalement inconsciente de telles règles et leur expression en forme de mots, ce genre de distinction devient significatif. Peut-on appeler « norme » une inhibition innée qui empêche un homme ou un animal d'agir d'une certaine façon, mais dont il ne se rend absolument pas compte ? Est-ce que cela devient une « norme » quand un observateur peut voir qu'un désir et une inhibition sont en conflit, comme dans le cas cité par Konrad Lorentz du loup dont il décrit l'attitude en disant : « Vous pouviez voir qu'il aurait voulu mordre la gorge que lui présentait son adversaire, mais qu'il ne pouvait tout simplement pas le faire »[17] ? Ou bien est-ce lorsqu'on est devant un conflit conscient entre une impulsion déterminée et le sentiment que « l'on ne doit pas faire ça » ? Ou bien lorsque ce sentiment s'exprime en mots

(« Je ne devrais pas... »), mais ne s'applique encore qu'à soi-même ? Ou lorsque le sentiment, bien que non encore formulé par des mots, est partagé par tous les membres du groupe et conduit à des manifestations de désapprobation, voire de prévention et, finalement, de punition en cas d'infraction ? Ou seulement quand une autorité reconnue en impose le respect, ou que l'expression formelle en est apportée ?

Il semble que le caractère spécifique habituellement assigné aux « normes », et qui les fait classer dans un autre domaine du discours que celui des constatations de faits, n'appartienne qu'aux règles explicitées, et, même là, seulement lorsque se pose la question de savoir si nous devons ou non leur obéir. Aussi longtemps que les règles ne sont observées qu'en fait (soit toujours, soit dans la plupart des cas), et que leur application ne peut être que constatée dans le comportement effectif, elles ne diffèrent point des règles descriptives; elles ne sont signifiantes que comme l'un des déterminants de l'action, une disposition ou une inhibition dont nous déduisons qu'elle opère, à partir de ce que nous observons. Si une telle disposition ou inhibition résulte de l'enseignement d'une règle formelle, son effet sur le comportement effectif n'en reste pas moins un fait. Pour l'observateur, les normes guidant les actions des individus dans un groupe font partie des déterminants des événements qu'il constate, et qui lui permettent d'expliquer l'ordre d'ensemble des actions, tel qu'il se présente à lui.

Ceci, bien entendu, ne change rien à la circonstance que notre langage est ainsi fait qu'aucune déduction logique ne peut mener de l'affirmation contenant seulement une description de faits à une affirmation touchant ce que les choses doivent être. Mais on tire de là souvent des conclusions qui ne sont nullement obligatoires. Tout ce qui est dit, c'est qu'à partir de la seule constatation de faits l'on ne peut tirer de proposition sur ce qui serait une action appropriée, désirable ou pratique, ni aucune décision sur le point de savoir si l'on agira ou non. L'on ne peut passer de l'un à l'autre que si en même temps quelque objectif est accepté comme désirable, de sorte que le raisonnement se présente sous la forme : « Si vous voulez ceci, vous devez faire cela. » Mais dès lors qu'une intention convenue est incluse dans les prémisses, toutes sortes de règles normatives peuvent en être déduites.

Pour l'esprit primitif, il n'existe pas de distinction nette entre la seule façon dont on peut obtenir un résultat particulier et la façon dont on doit l'obtenir. Connaître la relation de cause à effet et connaître les règles de conduite sont encore confondus : il n'y a que la connaissance de *la* façon d'agir nécessaire à l'obtention d'un quelconque résultat. Pour l'enfant qui apprend à faire des additions et des multiplications, la manière dont il faut s'y prendre est aussi la seule qui donne le résultat cherché. C'est seulement quand il découvre que d'autres manières que celles qu'on lui a enseignées conduisent aussi au résultat souhaité que peut surgir un conflit entre la connaissance de fait et les règles de conduites établies dans le groupe.

Une différence entre l'action entièrement voulue et l'action guidée par des normes n'existe que dans la mesure où nous tenons pour donné que, dans le cas de ce que nous considérons d'habitude comme action intentionnelle, l'objectif est connu par la personne qui agit; tandis que dans l'action guidée par des normes, les raisons pour lesquelles l'acteur considère telle façon d'agir comme appropriée au résultat cherché, et telle autre façon comme impossible lui restent souvent inconnues. Cependant, considérer tel genre d'action comme approprié et tel autre comme inapproprié résulte tout autant d'un processus de sélection de ce qui est efficace; soit que cette efficacité consiste en ce que l'action considérée produit le résultat désiré par l'individu, soit qu'elle consiste à servir bien ou mal au fonctionnement du groupe dans son entier. La raison pour laquelle tous les individus membres du groupe font telle chose d'une certaine manière ne sera souvent pas que cette manière soit la seule qui conduise au résultat qu'ils cherchent; la raison est alors que l'ordre du groupe dans le cadre duquel leurs actions individuelles ont des chances de réussir ne peut être préservé que s'ils agissent de cette manière exclusivement. Il se peut que le groupe ait subsisté seulement parce que les membres ont élaboré et transmis des façons de faire les choses qui ont rendu le groupe plus efficace que d'autres; mais la raison pour laquelle certaines choses sont faites d'une certaine façon n'a pas besoin d'être connue par l'un quelconque des membres du groupe.

Il n'a évidemment jamais été nié que l'existence de normes dans un groupe donné soit un fait. Ce qu'on a mis en doute, c'est que

de la circonstance que ces normes soient appliquées en fait, l'on puisse conclure qu'il y a devoir de s'y conformer. La déduction n'est assurément possible que s'il est tacitement admis au départ que l'on désire que le groupe subsiste. Mais si cette existence continuée est jugée désirable, ou même si la survie du groupe comme une entité dotée d'un certain ordre est supposée être un fait, il s'ensuit alors que certaines règles de conduite (pas nécessairement toutes celles qui sont actuellement suivies) devront être observées par ses membres[18].

Aux débuts du droit

Il devrait maintenant être plus aisé de voir pourquoi dans toutes les civilisations antiques nous trouvons une loi qui, « comme celle des Mèdes et des Perses » ne change pas, et pourquoi toute la législation originaire a consisté à enregistrer et faire connaître une loi qui était conçue comme immuablement donnée. Un « législateur » pouvait s'efforcer de purger le droit de corruptions supposées, et le restaurer dans sa pureté initiale; l'on ne pensait pas qu'il pût faire un droit nouveau. Les historiens du droit sont d'accord pour dire qu'il lui était possible de faire de nouvelles lois. Ils sont également d'accord pour penser qu'à cet égard tous les fameux « législateurs » antiques, depuis Ur-Nammu[19] et Hammurabi jusqu'à Solon, Lycurgue et les auteurs des Douze Tables de Rome, ne visaient pas à créer un droit nouveau, mais simplement à énoncer ce que le droit était et avait toujours été[20].

Mais si personne n'avait le pouvoir ni l'intention de changer la loi, et si seule la loi ancienne était tenue pour bonne, cela ne veut pas dire que le droit ne continuerait pas à se développer. Cela implique seulement que les changements qui se sont effectivement produits n'ont pas été l'effet de l'intention ou du dessein d'un législateur. Pour un gouvernant dont l'autorité reposait largement sur le fait que les gens s'attendaient qu'il fasse observer une loi présumée indépendante de sa volonté, cette loi a souvent dû lui sembler plutôt un obstacle à ses efforts en vue de l'organisation délibérée du gouvernement qu'un instrument au service de ses objectifs conscients. Ce fut dans celles des activités de leurs sujets qui échappaient au pouvoir direct des gouvernants — le plus souvent dans les relations de ces sujets avec les étrangers — que de nouvelles règles s'élaborèrent

en dehors du droit sanctionné par les gouvernants; tandis que ce dernier tendait à se figer précisément dans la mesure où il avait été exprimé par des mots.

La formation spontanée de règles de conduite indépendantes d'objectifs déterminés, capables de produire un ordre spontané, aura ainsi souvent eu lieu en opposition avec les buts que les gouvernants poursuivaient dans leur effort pour faire de leur domaine une organisation proprement dite. C'est dans le *jus gentium*, le droit marchand et les usages des ports et des foires, que nous devons principalement chercher les étapes dans l'évolution de la loi qui a finalement rendu possible une société ouverte. Peut-être pourrait-on même dire que la formation de règles universelles de conduite n'a pas commencé dans la communauté organisée de la tribu, mais plutôt avec le premier cas de troc muet, lorsqu'un sauvage plaça quelque offrande à la frontière du territoire tribal, dans l'espoir qu'un don correspondant lui serait fait en retour par le même procédé; ce qui inaugurait une nouvelle coutume. De toute façon, ce ne fut pas à l'initiative et par le pouvoir de gouvernants, mais par le développement d'usages sur lesquels pouvaient compter les individus, que des règles de conduite générales se firent accepter.

La tradition classique et médiévale

Bien que l'idée de la loi comme produit d'une volonté humaine délibérée ait été d'abord pleinement développée dans la Grèce antique, son influence sur la pratique politique effective resta limitée. De l'Athènes classique à l'apogée de sa démocratie, l'on nous dit « qu'à aucun moment il ne fut légal de changer le droit par un simple décret de l'Assemblée ». Le promoteur d'une telle décision était passible de la célèbre « accusation de procédure illégale » qui, si elle était jugée recevable par les tribunaux, rendait le décret caduc et de plus, si elle était portée dans l'année, exposait le promoteur à des peines sévères[21]. Un changement dans les règles fondamentales de juste conduite, les *nomoi*, ne pouvait être réalisé que par une procédure compliquée dans laquelle un corps spécialement élu, les *nomothètes*, intervenait. Néanmoins, nous trouvons dans la démocratie athénienne déjà les premiers conflits entre la volonté sans entraves du peuple « souverain » et la tradition de la suprématie du droit[22]; et c'est prin-

cipalement parce que l'Assemblée refusa souvent de se tenir obligée par la loi qu'Aristote se prononça contre cette forme de démocratie, à laquelle il dénia même le droit de s'appeler une constitution[23]. C'est dans les discussions de cette époque que nous trouvons les premiers efforts soutenus pour distinguer nettement entre la loi et la volonté particulière du gouvernant.

Le droit romain, qui a si profondément influé sur tout le droit de l'Occident, fut encore moins le produit d'une activité légiférante délibérée. Comme toutes les autres codifications antiques, il s'était formé à une époque où le droit et les institutions de la vie sociale étaient considérés comme ayant existé de tout temps et où personne ne s'interrogeait sur leur origine. L'idée que la loi puisse être créée par les hommes est étrangère à la pensée des peuples anciens[24]. Ce fut seulement « l'opinion naïve des âges postérieurs, qui plus tard crut que toute loi doit reposer sur la législation »[25]. En fait, le droit civil classique des Romains, sur lequel la compilation finale de Justinien fut basée, est presque entièrement le produit de l'activité des juristes à la recherche de ce qui est juste, et très peu le produit de la législation[26]. Par un processus fort semblable à celui par lequel se développa plus tard le droit coutumier anglais (la *Common Law*), et en différant essentiellement parce que le rôle décisif revenait à l'opinion des docteurs de la loi (les jurisconsultes) plutôt qu'aux décisions des juges, un corps de droit se développa par une formulation cumulative des conceptions dominantes de la justice, plutôt que par une œuvre de législateurs[27]. Ce fut seulement à la fin de ce développement, à Byzance plutôt qu'à Rome et sous l'influence de la pensée hellénistique, que les résultats de ce processus furent codifiés par ordre de l'empereur Justinien, dont l'œuvre fut plus tard regardée à tort comme le modèle de la loi créée par un souverain et exprimant sa volonté, son « bon plaisir ».

Toutefois, jusqu'à la redécouverte de la *Politique* d'Aristote au XIIIe siècle et à l'accueil fait au Code de Justinien au XVe siècle, l'Europe occidentale traversa une autre époque de près d'un millénaire pendant laquelle la loi fut de nouveau considérée comme quelque chose de donné, indépendamment d'une volonté humaine, quelque chose à découvrir et non à confectionner; l'idée que la loi pût être délibérément faite ou modifiée était alors presque sacrilège. Cette attitude, relevée par nombre d'érudits plus anciens[28], a reçu une

description classique de Fritz Kern, et nous ne pouvons mieux faire que de citer ses principales conclusions[29] :

> « Lorsqu'un cas se présente pour lequel aucune loi en vigueur ne peut être invoquée, alors les hommes de loi et les juges feront de la loi nouvelle dans l'idée que ce qu'ils font est de la bonne vieille loi, non certes directement transmise, mais tacitement existante. Ils ne créent donc point le droit : ils le découvrent. N'importe quel jugement de tribunal, que nous considérons comme déduit d'une règle juridique générale existante, pour s'appliquer à un cas déterminé, n'était pour la pensée médiévale en aucune façon discernable d'avec l'activité législative de la communauté; dans un cas comme dans l'autre une loi cachée mais préexistante est découverte, non pas créée. Il n'existe pas, au Moyen Age, de "première application d'une règle de droit". La loi est ancienne, une loi nouvelle est une contradiction dans les termes; car ou bien une nouvelle loi est dérivée explicitement ou implicitement de l'ancienne, ou bien elle contredit l'ancienne et n'est pas légitime. L'idée fondamentale reste la même; la loi ancienne est la loi véritable, et la vraie loi est dans la loi ancienne. Selon la pensée médiévale, donc, promulguer une nouvelle loi est chose impossible, toute législation, et toute réforme juridique, est conçue comme une restauration de la bonne loi originaire qui a été violée. »

L'histoire du mouvement intellectuel par lequel, à partir du XIIIe siècle et surtout sur le continent européen, l'on en vint peu à peu à considérer que légiférer relève de la volonté délibérée et du libre arbitre du souverain, est trop longue et complexe pour être décrite ici. Les études détaillées de ce processus le font apparaître comme étroitement lié à l'ascension de la monarchie absolue; c'est alors que se formèrent les conceptions qui plus tard gouverneront les aspirations de la démocratie[30]. Cette évolution s'accompagna d'une absorption progressive de ce nouveau pouvoir de formuler de nouvelles règles de juste conduite, dans le pouvoir beaucoup plus ancien que les souverains avaient toujours exercé : celui d'organiser et diriger l'appareil du gouvernement. Finalement les deux pouvoirs devinrent inextricablement mêlés dans ce que l'on a désormais regardé comme l'unique pouvoir de « législation ».

La principale résistance à ce courant vint de la tradition de la « loi naturelle ». Comme nous l'avons vu, les derniers scolastiques espagnols employaient le terme de « naturel » avec un sens technique s'appliquant à ce qui n'avait jamais été délibérément « inventé »

ou créé à dessein, mais était apparu en réponse aux nécessités d'une situation. Mais même cette tradition perdit son influence lorsqu'au XVIIe siècle la « loi naturelle » fut comprise comme le dessein de la « raison naturelle ».

Le seul pays qui réussit à conserver vivante la tradition du Moyen Age et qui, sur les « franchises » médiévales, édifia la conception moderne de la liberté selon la loi fut l'Angleterre. Ceci fut en partie dû au fait que l'Angleterre s'abstint d'adopter en bloc le droit romain tardif, avec sa conception de la loi comme création d'un souverain. Mais il est probable que la cause principale fut que les juristes de la *Common Law* avaient, dans ce pays, développé des idées assez semblables à celles de la tradition de la loi naturelle, sans toutefois les formuler dans la terminologie déroutante de cette école. Néanmoins « au XVIe siècle et au début du XVIIe, la structure politique de l'Angleterre n'était pas fondamentalement différente encore de celle des pays du continent, et l'on aurait pu à l'époque se demander si elle n'évoluerait pas vers une monarchie absolue hautement centralisée, comme le firent les nations du continent »[31]. Ce qui empêcha cela fut la tradition profondément enracinée du droit coutumier, conçu non pas comme le produit de la volonté de quiconque mais plutôt comme une barrière à tout pouvoir, y compris celui du Roi — tradition que Edward Coke eut à défendre contre le roi Jacques Ier et Francis Bacon et qu'à la fin du XVIIe siècle Matthew Hale reformula magistralement à l'encontre de Thomas Hobbes[32].

La liberté des Britanniques, qu'au XVIIIe siècle le reste de l'Europe se prit à admirer si fort, ne fut pas originairement le fruit de la séparation des pouvoirs entre la législature et l'exécutif comme le crurent les Britanniques tout les premiers et comme ensuite Montesquieu l'enseigna au monde entier. Ce fut plutôt la conséquence du fait que la loi qui gouvernait les décisions des tribunaux était le droit coutumier, une loi existant indépendamment de la volonté de quiconque et qui, à la fois, s'imposait à des juges indépendants et se développait par eux; une loi dans le domaine de laquelle le Parlement n'intervenait que rarement, surtout pour éclaircir des points douteux dans le cadre d'un corps de droit donné. L'on pourrait même dire qu'une espèce de séparation des pouvoirs s'était développée en Angleterrre, non pas parce que la « législature » seule faisait la loi, mais parce qu'elle ne la faisait *pas* : parce que le droit était exprimé par des tribunaux

indépendants du pouvoir qui organisait et dirigeait le gouvernement, du pouvoir précisément exercé par ce qui fut malencontreusement appelé le « législatif ».

Les attributs distinctifs du droit formé par la coutume et les précédents

L'idée importante à laquelle conduit la compréhension du processus d'évolution de la loi est que les règles qui en sortiront posséderont forcément certains attributs que ne présenteront pas nécessairement les lois inventées ou créées à dessein par un souverain; attributs que ces dernières n'ont de chances de présenter que si elles sont modelées sur la sorte de règles qui dérivent de la mise en forme explicite de pratiques préexistantes. Nous ne pourrons décrire pleinement que dans le chapitre suivant les propriétés caractéristiques de la loi ainsi formée, et montrer qu'on a tiré de là le critère de ce que les philosophes politiques ont longtemps considéré comme *la loi* au sens propre du terme, comme on l'entend dans des expressions comme la souveraineté ou le règne de la loi, un gouvernement selon la loi, ou la « séparation des pouvoirs ». Pour le moment, nous ne devons que souligner l'une des propriétés particulières de ce *nomos*, et nous mentionnerons brièvement les autres en attendant la discussion ultérieure. La loi sera faite de règles non finalisées gouvernant la conduite des individus à l'égard les uns des autres, de règles destinées à s'appliquer à un nombre indéterminé de cas à venir et qui, en définissant pour chacun un domaine protégé, rendent possible la formation d'un ordre des activités au sein duquel les individus pourront faire des plans réalisables. Il est d'usage d'appeler ces règles : règles abstraites de conduite; et bien que cette appellation soit inadéquate, nous nous en servirons momentanément pour le point à examiner. Ce point particulier sur lequel nous voulons attirer l'attention est que ce genre de lois, de même que le droit coutumier, émerge du processus judiciaire et est nécessairement de caractère abstrait, alors que la législation émanant des ordres du souverain n'a pas nécessairement ce caractère.

L'affirmation que la loi basée sur les précédents est plus abstraite, et non pas moins abstraite, que la loi formulée en règles verbales est si opposée à l'idée très répandue — davantage peut-être chez les juristes du continent que chez les juristes anglo-saxons — qu'il

est nécessaire de la justifier davantage. L'argument central ne peut sans doute être mieux exprimé que dans les termes fameux qu'employa le grand magistrat du XVIIIe siècle, Lord Mansfield, qui souligna que le droit coutumier « n'est point fait de cas particuliers, mais de principes généraux qui sont illustrés et expliqués par ces cas »[33]. Ce qui signifie que c'est une part intégrante de la technique du juge de *Common Law* que d'être capable, en partant de précédents qui lui ouvrent la voie, de dégager des règles de signification universelle qui puissent s'appliquer aux cas nouveaux.

Le juge de droit coutumier doit principalement rechercher ce sur quoi les parties ont pu raisonnablement compter, en concluant leur transaction, d'après les pratiques générales qui sous-tendent l'ordre régnant des activités. En décidant du degré auquel ces attentes étaient raisonnables de ce point de vue, il ne peut prendre en considération que celles des pratiques (usages ou règles) qui pouvaient réellement fonder les espérances des parties, et ceux des faits qui peuvent être admis comme ayant été connus d'elles. Les parties elles-mêmes n'auront été en mesure d'envisager de la même façon leur relation projetée, dans une situation qui à certains égards était originale, que parce qu'elles interprétaient la situation en fonction de ce qui était considéré comme une conduite convenable, et qui n'était pas forcément connu d'elles en forme de règle explicite.

De telles règles, présumées avoir guidé les perspectives dans de nombreuses situations analogues dans le passé, doivent être abstraites au sens de ne faire référence qu'à un nombre limité de circonstances déterminantes, et d'être applicables sans égard aux conséquences qui, au moment du conflit, apparaissent comme devant suivre la décision. Lorsque le juge est appelé à trancher le cas, les parties au procès ont déjà agi selon leurs fins respectives et, la plupart du temps, en des circonstances particulières dont aucune autorité n'a connaissance; et les espérances en fonction desquelles elles ont opéré, et dont l'une s'est trouvée déçue, auront été fondées sur ce qu'elles considéraient comme des pratiques établies. La tâche du juge sera de leur dire ce sur quoi elles auraient dû fonder leurs perspectives, non parce que quelqu'un leur aurait dit que telle était la règle, mais parce que telle était la coutume établie qu'elles auraient dû connaître. En cela, le problème pour le juge ne peut jamais être de dire si ce qui a été fait était convenable d'un point de vue supérieur ou servait à tel ou tel

objectif assigné par l'autorité, mais uniquement si le comportement contesté était conforme à des règles reconnues. Le seul bien public dont il ait à se préoccuper est que soient respectées des règles sur lesquelles les parties pouvaient raisonnablement s'appuyer. Il n'a pas à considérer le but plus lointain auquel l'on peut avoir voulu que concourent les règles et il ne peut qu'en être largement ignorant; il devra faire appliquer les règles même si, dans le cas pendant, les conséquences prévisibles lui apparaissent hautement indésirables[34]. Dans sa tâche, il ne doit prêter aucune attention — cela a souvent été souligné par les juges de droit coutumier — à tel ou tel désir du souverain, ni à la « raison d'Etat ». Ce qui doit guider sa décision n'est pas la connaissance de ce dont la société entière a besoin au moment donné, mais seulement ce que requièrent les principes généraux sur lesquels repose le fonctionnement de l'ordre de la société.

Il semble que la nécessité permanente de formuler des règles pour distinguer l'essentiel et le contingent dans les précédents qui le guident développe chez le juge de droit coutumier une aptitude à dégager des principes généraux, qui est rarement acquise par un juge opérant d'après un catalogue supposé complet de règles applicables, ouvert devant lui. Quand les généralisations ne sont pas fournies prêtes à l'emploi, une capacité de formuler des abstractions est apparemment maintenue vivace, alors que l'emploi mécanique de formules verbales tend à la tuer. Le juge de *Common Law* est tenu de faire grande attention au fait que les mots sont toujours seulement l'expression imparfaite de ce que ses prédécesseurs ont difficilement essayé de dire.

Si à l'heure actuelle des ordres du législateur prennent souvent la forme de ces règles abstraites qui ont émergé de l'activité judiciaire, c'est parce qu'ils ont été habillés sur ce modèle. Mais il est hautement improbable qu'un gouvernant quelconque, visant à organiser les activités de ses sujets afin d'obtenir tel ou tel résultat prévisible, ait jamais pu parvenir à ses fins en posant des règles universelles tendant à régir également les actions de tout le monde. S'astreindre de lui-même, comme le fait le juge, à ne faire observer que de telles règles supposerait une dose d'abnégation que l'on n'attend guère de quelqu'un qui a l'habitude de donner des ordres spécifiques et de former ses décisions en fonction des besoins du moment. Les règles abstraites n'ont guère de chances d'être inventées par quelqu'un

concerné par la poursuite d'objectifs définis. C'est le besoin de préserver un ordre de l'activité, que personne n'a créé mais qui a été perturbé par certains comportements, qui a rendu nécessaire de définir quelles sortes de comportement devaient être réprimées.

Pourquoi le droit issu de la pratique demande à être rectifié par la législation

Si les lois dégagées par l'effort d'expliciter des règles de conduite présentent toutes nécessairement certaines propriétés désirables que ne présentent pas forcément les ordres d'un législateur, ce fait n'exclut pas qu'à d'autres égards ce genre de droit soit susceptible de bourgeonner dans des directions très indésirables. Et lorsque cela se produit, le recours à la législation peut être la seule issue permettant la correction nécessaire. Pour diverses raisons, le processus spontané de croissance peut aboutir à une impasse d'où l'on ne peut compter qu'il se sorte par ses propres forces, du moins assez rapidement. Le développement de la jurisprudence est sous certains aspects une sorte de voie à sens unique : lorsqu'elle s'est déjà avancée dans une direction sur une distance considérable, souvent elle ne peut pas revenir en arrière bien que certaines implications des décisions passées apparaissent clairement comme indésirables. Le fait que le droit qui s'est développé de cette manière présente certaines propriétés désirables ne prouve pas qu'il sera toujours juste et il se peut même que certaines de ses règles soient franchement mauvaises. Par conséquent, ses qualités n'impliquent pas que nous puissions nous dispenser de la législation[35].

Il y a à cela plusieurs autres raisons. L'une d'elles est que le cours du développement judiciaire du droit est graduel par nécessité et peut s'avérer trop lent pour réaliser une adaptation rapide, jugée souhaitable, de la loi à des circonstances entièrement nouvelles. La raison la plus importante, toutefois, est qu'il n'est pas seulement difficile, mais en outre indésirable, que les décisions judiciaires renversent leur orientation quand elle a déjà produit ses effets et que l'on trouve certains d'entre eux indésirables, voire complètement mauvais. Le juge ne remplit pas sa fonction s'il déçoit des perspectives raisonnablement déduites de décisions antérieures. Bien que le juge soit à même de développer le droit en décidant sur des points douteux,

il ne peut pas réellement le changer, ou ne peut le changer que très graduellement quand une règle a été solidement établie; même s'il voit clairement qu'une autre règle serait meilleure, ou plus juste, ce serait une injustice manifeste que d'appliquer cette dernière à des transactions effectuées à un moment où une autre règle était considérée comme en vigueur. Dans de telles situations, il est souhaitable que la nouvelle règle soit connue avant d'être appliquée; et ceci ne peut être réalisé que par la promulgation d'une règle nouvelle qui ne sera applicable qu'à l'avenir. Lorsqu'un véritable changement de loi est nécessaire, la loi nouvelle ne peut remplir sa fonction, propre à toute loi, qui est de servir de base aux prévisions, que si on la fait connaître avant de l'appliquer.

La nécessité de tels changements radicaux de règles particulières peut provenir de causes diverses. Elle peut être due simplement au fait qu'on reconnaît dans certains développements antérieurs un fondement erroné, ou des conséquences tardivement identifiées comme injustes. Mais la cause la plus fréquente est probablement que le développement du droit s'est trouvé aux mains des membres d'une classe particulière dont les idées traditionnelles leur font considérer comme juste quelque chose qui ne répond pas aux exigences plus générales de la justice. Il ne peut faire de doute que dans des domaines tels que les relations juridiques de maître à serviteur[36], de propriétaire à locataire, de créancier à débiteur, et à l'époque moderne entre les activités économiques organisées et leurs clients, les règles aient été largement modelées suivant l'optique de l'une des parties et ses intérêts propres; spécialement là où, comme dans les deux premiers exemples cités, les juges provenaient presque exclusivement de l'un des groupes concernés. Nous verrons que cela ne revient pas à dire, comme certains l'ont soutenu, que « la justice est un idéal irrationnel », et que « du point de vue de la connaissance rationnelle il n'y a que des intérêts d'êtres humains, et donc des conflits d'intérêts »[37], du moins lorsque par intérêts nous n'entendons pas seulement des buts particuliers mais aussi les chances à long terme que des règles différentes présentent aux différents membres de la société. Il est même encore moins vrai que, selon ce qui paraît découler de ces assertions, l'on ne puisse redresser un biais reconnu d'une certaine règle favorable à un groupe que par un biais en sens inverse en faveur d'un autre groupe. Mais de telles occasions, où il est reconnu que certaines

règles antérieurement admises sont injustes à la lumière de principes de justice plus généraux, peuvent assurément exiger la révision, non seulement de règles isolées, mais celle de secteurs entiers du système de jurisprudence établi. Cela est une tâche qui dépasse ce que l'on peut réaliser en tranchant des cas d'espèce à la lumière des précédents.

Origine des organes législatifs

Il n'est pas possible de déterminer un quelconque moment de l'Histoire où le pouvoir de changer délibérément la loi, au sens où nous l'avons considéré ci-dessus, ait été explicitement conféré à une autorité donnée. Mais il a forcément toujours existé une autorité qui avait qualité pour faire l'autre espèce de loi, à savoir les règles de l'organisation du gouvernement; et c'est à ces confectionneurs du droit public, existant déjà, qu'incomba peu à peu le pouvoir de changer aussi les règles de juste conduite lorsque la nécessité s'en fit sentir. Etant donné que le soin de faire respecter ces règles de conduite revenait à l'organisation de gouvernement, il semblait naturel que cette organisation doive également définir les règles qu'elle devait sanctionner.

Il existait donc un pouvoir législatif pour définir les règles de gouvernement, bien avant que ne se fît sentir le besoin d'un pouvoir chargé de modifier les règles de juste conduite. Les gouvernants, confrontés à la mission de faire respecter un certain corps de droit, d'organiser la défense et divers services, avaient depuis longtemps fait l'expérience de la nécessité de poser des règles pour leurs délégués ou leurs subordonnés; ils ne durent guère se soucier de distinguer les règles dont le caractère était purement administratif, des règles qui devaient servir d'appui à ceux qui rendaient la justice. Et même, un gouvernant devait trouver avantage à revendiquer pour les règles d'organisation la même dignité que l'on reconnaissait généralement aux règles universelles de juste conduite.

Mais si la confection de telles règles pour l'organisation du gouvernement fut de longue date considérée comme la « prérogative » du chef de cette organisation, il apparut souvent nécessaire de faire approuver ou au moins admettre l'étendue de cette prérogative par des corps représentatifs ou constitués; et cela, parce que le souverain

lui-même était réputé devoir se soumettre à la loi établie. Parfois, par exemple lorsqu'il levait des contributions en argent ou en services nécessaires à ses objectifs de gouvernement et qu'il lui fallait employer la contrainte sous une forme non clairement définie par les règles existantes, il devait au moins s'assurer l'appui de ses sujets les plus puissants. Dans de telles circonstances, il était bien difficile de dire si ceux-ci étaient simplement appelés pour attester que ceci ou cela était conforme à la loi établie, ou pour approuver une imposition particulière, ou une décision jugée nécessaire à la réalisation de tel ou tel objectif.

L'on risque donc de se fourvoyer si l'on conçoit ces assemblées représentatives anciennes comme des « législatures » au sens où ce terme a été utilisé plus tard par les théoriciens. Elles n'étaient pas préoccupées primordialement par les règles de juste conduite, par le *nomos*. Ainsi que l'explique F. W. Maitland[38] :

> « Plus nous remontons dans notre histoire, plus il nous est impossible de tracer une démarcation stricte entre les diverses fonctions de l'Etat : la même institution est une assemblée législative, un conseil de gouvernement, et une cour de justice... Pendant longtemps les théoriciens de la politique ont insisté sur la distinction entre la législation et les autres fonctions du pouvoir, et bien entendu la distinction est importante; encore qu'il ne soit pas toujours aisé d'en tracer la frontière avec précision. Mais il semble nécessaire d'observer que le domaine des *statutes** n'est nullement confiné à ce que le juriste ou le philosophe politique considérerait comme le domaine de la législation. Un grand nombre d'Actes du Parlement seraient par lui classés comme *privilegia* plutôt que comme *leges*; il s'agit de décisions du législateur, mais elles ne posent pas des règles générales, elles règlent un cas particulier. »

C'est en matière de règles d'organisation du gouvernement que la confection délibérée de « lois » est devenue une procédure familière et de tous les jours; toute nouvelle entreprise du pouvoir, tout changement dans la structure du gouvernement, appelait quelque nouvelle règle d'organisation. La rédaction de ces nouvelles règles devint ainsi une procédure admise, longtemps avant que quiconque ne s'avisât

* Le mot anglais *statute* désigne une disposition législative écrite, émanant du Parlement, par opposition à la *Common Law* qui repose sur la Coutume affinée par la jurisprudence. Mais les « Actes du Parlement » inscrits au *Statute book* portent très souvent sur des matières qui, en droit français, seraient du ressort des *décrets* ministériels. *(N.d.T.)*

de l'utiliser pour modifier les règles de juste conduite établies. Mais quand le désir de le faire se manifesta, il était à peu près inévitable que la tâche fût confiée au corps constitué qui avait toujours fait les lois de l'autre genre, et qui avait souvent été appelé à attester ce qu'étaient les règles de juste conduite établies.

Allégeance et souveraineté

De la conception de la législation comme source unique du droit, découlent deux idées qui, à l'époque moderne, ont fini par être admises comme quasi évidentes et ont exercé une grande influence sur l'évolution de la vie politique, bien qu'elles soient entièrement basées sur le constructivisme erroné dans lequel survivent les illusions anthropomorphiques ancestrales. La première de ces idées fausses est qu'il doit nécessairement y avoir un législateur suprême, dont le pouvoir ne peut être borné parce que cela supposerait qu'il dépende d'un législateur encore plus élevé, et ainsi de suite à l'infini. L'autre est que tout ce qui est imposé par ce législateur suprême est loi, et que seul est loi ce qui exprime sa volonté.

L'idée que la volonté d'un législateur suprême est nécessairement libre de toute limitation a servi, depuis Bacon, Hobbes et Austin, d'argument supposé irréfutable pour justifier le pouvoir absolu, d'abord des monarques et plus tard des assemblées démocratiques; l'argument n'apparaît évident par lui-même que si le terme « loi » est attaché uniquement aux règles guidant les actions délibérées et concertées d'une organisation. Ainsi comprise, la loi qui dans le sens plus ancien de *nomos* était entendue comme opposant une barrière à tout pouvoir devient au contraire un instrument pour l'emploi du pouvoir.

Lorsque le positivisme juridique prétend qu'il ne peut y avoir de limite effective au pouvoir de la législature suprême, cette thèse ne pourrait convaincre que si toute loi était vraiment toujours le produit de la « volonté » délibérée d'un législateur et qu'il n'y eût rien de capable d'arrêter effectivement ce pouvoir, sinon une autre « volonté » de même nature. En réalité, l'autorité d'un législateur a toujours un support qu'il faut clairement distinguer de la volition concernant telle ou telle affaire à régler; elle peut donc être limitée aussi par la source d'où cet acte de volonté tire son ascendant. Cette

source est la prépondérance, dans les esprits, de l'opinion que le législateur n'est autorisé à prescrire que ce qui est juste, opinion qui ne porte pas sur le contenu particulier de la règle édictée, mais sur les attributs généraux que doit présenter toute règle de juste conduite. Par conséquent, le pouvoir du législateur repose sur l'opinion commune quant à certains caractères que doit posséder la loi qu'il confectionne; et ce qu'il veut ne peut recueillir l'appui de l'opinion que si l'expression de sa volonté possède ces caractères. Nous devrons par la suite examiner plus à fond la distinction entre volonté et opinion. Ici il suffit de dire que nous emploierons le mot « opinion », par opposition à une volition s'appliquant à une affaire spéciale, pour désigner une tendance générale à approuver certaines décisions et à en désapprouver d'autres, selon qu'elles présentent ou non certains attributs, bien que ceux qu'habite cette opinion ne soient ordinairement pas capables de les spécifier. Tant que le législateur répondra à l'attente que ses décisions présenteront de tels caractères, il aura les mains libres quant aux contenus particuliers de ce qu'il décide et, dans ce sens-là, il sera « souverain ». Mais l'allégeance sur laquelle cette souveraineté est fondée dépend de la façon dont le souverain répond à ce qu'on attend de lui quant à ces caractères généraux de ses décisions; et s'il déçoit cette attente, l'allégeance disparaîtra. C'est en ce sens que tout pouvoir repose sur l'opinion et en reçoit ses bornes, ainsi que l'a vu très clairement David Hume[39].

Qu'en ce sens tout pouvoir repose sur l'opinion n'est pas moins vrai des pouvoirs d'un dictateur absolu que de n'importe qu'elle autre autorité. Les dictateurs de tous les temps l'ont su mieux que quiconque; même la dictature la plus puissante s'effondre si l'opinion lui retire son appui. C'est pour cette raison que les dictateurs sont si soucieux de manipuler l'opinion, en utilisant les moyens dont ils disposent pour contrôler l'information.

La limitation effective des pouvoirs de l'autorité légiférante ne requiert donc pas qu'une autre autorité organisée capable d'une action concertée lui soit superposée; la limitation peut être assurée par un état de l'opinion tel que seuls certains types de commandements émis par le législateur soient acceptés comme lois. Cette opinion veillera non pas au contenu particulier des décisions de la législature, mais seulement aux caractères généraux du genre de lois que le législateur a pour mission de promulguer et auxquelles le peuple est

disposé à donner son adhésion. Ce pouvoir de l'opinion ne repose pas sur la possibilité qu'auraient ceux que cette opinion anime de déclencher une certaine procédure d'action concertée; son pouvoir est par nature négatif, il consiste à refuser l'appui dont finalement le pouvoir du législateur lui-même dépend.

Il n'y a rien de contradictoire à ce qu'il existe une attitude de l'opinion qui commande implicitement l'obéissance au législateur dans la mesure où celui-ci se veut fidèle à une règle générale, tout en lui refusant obéissance lorsqu'il ordonne certaines actions particulières. En outre, pour qu'une décision particulière du législateur puisse être spontanément reconnue comme ayant force de loi, il ne suffit pas simplement que cette décision ait été prise selon une procédure prescrite; cela peut dépendre aussi de sa concordance avec une règle de juste conduite de caractère universel.

Il n'y a donc point de nécessité logique à ce qu'un pouvoir suprême soit un pouvoir omnipotent. En réalité, ce qui partout est le pouvoir suprême, à savoir l'attitude d'opinion qui engendre l'allégeance, sera toujours un pouvoir limité bien que limitant à son tour le pouvoir de tout législateur. Ce pouvoir ultime est ainsi un pouvoir négatif, mais en étant le pouvoir de refuser l'allégeance, il pose une limite à tout pouvoir positif. Dans une société libre où tous les pouvoirs sont fondés sur l'opinion, ce pouvoir fondamental ne déterminera rien directement et néanmoins contrôlera tous les pouvoirs positifs en ne tolérant que certaines façons de les exercer.

Ces bornes à tout pouvoir organisé, et notamment au pouvoir de légiférer, pourraient évidemment être rendues plus efficaces et plus promptement opérantes, si des critères étaient explicitement formulés d'après lesquels l'on puisse déterminer si oui ou non telle décision particulière peut être une loi. Mais les bornes qui en fait ont pendant longtemps contenu les législateurs ont bien rarement trouvé une expression adéquate dans le langage. Essayer d'en trouver une sera l'une de nos tâches.

5

« NOMOS » : LE DROIT DE LA LIBERTÉ

> « *Quant à la constitution de la Crête telle que la décrit Ephore, il peut suffire d'en dire les dispositions les plus importantes. Le législateur, dit-il, semble tenir pour acquis que la liberté est le bien suprême d'un Etat et pour cette seule raison il prescrit que la propriété appartienne spécifiquement à ceux qui l'acquièrent, tandis que dans une condition de servitude toutes choses appartiennent aux gouvernants et non pas aux gouvernés* » (STRABON*).

Les fonctions du juge

Nous devons maintenant entreprendre de décrire plus complètement les caractères distinctifs de ces règles de juste conduite que dégagent les efforts des juges pour trancher les différends, et qui ont longtemps fourni le modèle que les législateurs ont essayé d'égaler. L'on a déjà souligné que l'idéal de la liberté individuelle semble avoir fleuri surtout parmi les peuples qui, au moins pendant de longues périodes, ont vu prédominer le droit fait par les juges. Nous avons attribué ce fait à cette particularité du droit élaboré par les tribunaux, qu'il possède nécessairement certains attributs que les décrets d'un législateur ne sont pas tenus de présenter, et qu'ils n'ont de chances de présenter que si le législateur prend pour modèle le droit que font les juges. Dans ce chapitre nous examinerons les caractères distinctifs de ce que les théoriciens de la politique ont longtemps considéré simplement comme *the law*, le droit qui s'impose au légiste, c'est-à-dire le *nomos* des Grecs antiques et le *ius* des Romains[1] (ce qui dans d'autres langues européennes est appelé *droit*, *Recht* ou *Diritto*, pour le distinguer de : *loi*, *Gesetz*[2] ou *legge*); dans le chapitre suivant nous le mettrons en contraste avec les règles d'organisation du gouvernement, dont les législatures se sont principalement occupées.

Le caractère distinctif des règles que le juge doit appliquer, et

qu'il doit s'attacher à formuler et perfectionner, apparaît plus nettement lorsqu'on se rappelle qu'il est appelé à intervenir pour corriger des perturbations survenant dans un ordre qui n'a pas été agencé par qui que ce soit et qui n'a pas pour base des commandements indiquant aux individus ce qu'ils doivent faire. Dans la plupart des cas, à l'époque où l'action litigieuse s'est produite, aucune autorité n'avait même connaissance de ce que les individus avaient fait ou pourquoi ils l'avaient fait. Le juge est, en ce sens, une institution propre à l'ordre spontané. Il trouvera toujours un ordre de cette nature en fonctionnement de façon caractéristique, là où les individus ont la possibilité de mettre leurs plans à exécution parce qu'ils peuvent raisonnablement compter sur le comportement de leurs contemporains.

Pour apprécier l'importance de cet état de choses, nous devons d'abord nous libérer totalement de l'idée fausse qu'il puisse exister d'abord une société et qu'ensuite celle-ci soit capable de se donner des lois[3]. Cette conception erronée est à la racine du rationalisme constructiviste qui de Descartes et Hobbes, à travers Rousseau et Bentham, jusqu'au positivisme juridique contemporain, a caché aux étudiants la relation véritable entre le droit et le gouvernement. C'est seulement comme résultat de l'obéissance de fait de certains individus à des règles communes qu'un groupe peut vivre en commun dans le genre de relations ordonnées que nous appelons une société. Il serait donc probablement plus proche de la vérité de prendre le contre-pied de l'idée plausible et largement répandue qui considère que toute loi découle de l'autorité et de penser que toute autorité découle de la loi; non pas en ce sens que la loi désignerait l'autorité, mais en ce sens que l'autorité est obéie parce qu'elle fait appliquer (et aussi longtemps qu'elle applique) une loi présumée exister en dehors d'elle et fondée sur l'opinion diffuse de ce qui est juste. Ce n'est donc pas toute la loi qui est produite par la législation; mais le pouvoir de légiférer suppose auparavant la reconnaissance de certaines règles communes; et de telles règles qui sous-tendent le pouvoir de légiférer peuvent en même temps le limiter. Il n'est pas de groupe qui puisse se mettre d'accord sur des règles explicites sans que ses membres partagent déjà des opinions qui concordent jusqu'à un certain point. Cette concordance d'opinions doit donc précéder l'accord explicite sur de justes règles de conduite, sans qu'un tel accord ait à exister sur des objectifs d'action particuliers. Des personnes qui sont divisées quant

à leurs valeurs générales peuvent parfois être d'accord sur des objectifs concrets particuliers et collaborer effectivement dans leur poursuite. Mais un tel accord sur des fins particulières ne suffira jamais à constituer l'ordre durable que nous appelons société.

Le caractère du droit engendré par la pratique ressort très clairement si nous considérons la situation au sein de groupes qui ont des conceptions communes quant à la justice, sans avoir de gouvernement commun. Des groupes dont les membres sont réunis par des règles communes, mais sans avoir une organisation créée délibérément pour les faire appliquer, ont sans conteste souvent existé. Un tel état de choses peut n'avoir jamais prédominé là où nous ne reconnaîtrions pas un état territorial, mais il a indubitablement existé fréquemment parmi des groupes tels que les marchands ou les personnes liés par les règles de la chevalerie ou de l'hospitalité.

Devrions-nous appeler « lois » la sorte de règles qui, dans de tels groupes, peuvent être effectivement sanctionnées par l'opinion et par l'exclusion des individus qui les enfreignent ? Cela est affaire de terminologie et donc de commodité[4]. Pour ce qui nous occupe en ce moment, nous portons notre attention sur n'importe quelles règles qui sont obéies en pratique, et non pas uniquement sur les règles sanctionnées par une organisation créée à cet effet. C'est l'application effective des règles qui conditionne la formation d'un ordre dans l'action; qu'elles aient besoin d'être sanctionnées, ou de quelle manière elles le sont, est d'un intérêt mineur. L'observation de fait de certaines lois a sans aucun doute précédé toute sanction délibérée. Il ne faut donc pas confondre les raisons pour lesquelles les règles ont pris naissance, avec les raisons qui ont rendu nécessaire de les faire appliquer obligatoirement. Ceux qui ont agi de la sorte peuvent n'avoir jamais complètement vu les fonctions que les règles remplissaient. Mais si une société doit subsister, elle devra élaborer quelque méthode pour enseigner efficacement les règles et, souvent aussi, pour les sanctionner (les deux choses pouvant n'en faire qu'une à vrai dire). Néanmoins, la nécessité de les faire observer de force dépend aussi de circonstances autres que les conséquences de leur non-observation. Pour autant que nous examinions les effets de l'obéissance aux règles, il importe peu qu'elles soient appliquées par les individus parce qu'elles indiquent la seule façon qu'ils connaissent de parvenir à certaines fins, ou qu'une quelconque pression, ou

crainte de sanctions, les dissuade d'agir autrement. Le simple sentiment que certaine action serait si outrageante que nos semblables ne la toléreraient pas est dans ce contexte aussi déterminant que la contrainte par la procédure régulière que l'on trouve dans des systèmes légaux avancés. Ce qui importe pour nous à ce stade consiste en ceci : ce que nous connaissons comme l'appareil du droit a toujours été développé par un effort en vue de maintenir et d'améliorer un système de règles préexistantes.

Ce droit peut être graduellement formulé par les initiatives d'arbitres ou personnes semblables, appelées à régler des désaccords, mais qui n'ont aucun pouvoir de commandement sur les actions qu'ils ont à départager. Les questions sur lesquelles ils auront à décider ne seront pas de savoir si les parties ont obéi à la volonté d'une autorité quelconque, mais si leurs actions ont été conformes au comportement que l'autre pouvait raisonnablement attendre, parce que correspondant aux pratiques sur lesquelles se règle la conduite quotidienne des membres du groupe. La portée pratique des coutumes dans ce domaine est qu'elles suscitent des prévisions qui guident l'action des gens; et ce qui sera tenu pour obligatoire consistera dans les pratiques que tout le monde compte voir respectées et qui, par conséquent, conditionnent la bonne fin de la plupart des activités[5]. La réalisation des perspectives que ces usages habituels garantissent n'aura ni la nature ni l'aspect d'un résultat de la volonté de quelqu'un, dépendant de ses préférences ou de l'identité particulière des personnes impliquées. Si le besoin se fait sentir d'en appeler à un juge impartial, ce sera parce qu'une telle personne sera considérée comme capable de décider de l'affaire comme si elle s'était présentée ailleurs et à tout autre moment; par conséquent, d'une façon qui répondra à l'attente de n'importe quelle personne placée dans des conditions analogues, parmi toutes celles que le juge en question ne connaît pas.

Comment la tâche du juge diffère de celle du chef d'une organisation

Même là où le juge doit trouver des règles qui n'ont jamais été formulées, ni peut-être pratiquées avant, sa tâche sera ainsi fort différente de celle du chef d'une organisation qui doit décider d'une action à entreprendre pour parvenir à un certain but. Il ne serait sans

doute jamais venu à l'esprit de quelqu'un habitué à organiser les hommes pour des opérations particulières, de donner à ses ordres la forme de règles également applicables à tous les membres du groupe quelles que soient leurs tâches respectives, si ce gouvernant n'avait déjà eu sous les yeux l'exemple du juge. Il semble donc improbable qu'une autorité quelconque investie du droit de commandement eût jamais élaboré le droit au sens où l'ont fait les juges, c'est-à-dire en tant que règles applicables à n'importe qui se trouvant dans une position définie en termes abstraits. Que des gens aient l'intention et le soin de poser des règles pour un nombre inconnu de cas à venir, cela suppose une prouesse d'abstraction consciente, dont les peuples primitifs paraissent peu susceptibles. Des règles abstraites indépendantes de tout résultat cherché en particulier, c'étaient des choses qu'il fallait que l'on trouvât déjà installées et opérantes, et non pas quelque chose que l'esprit pût délibérément créer. Si nous sommes aujourd'hui à ce point familiarisés avec la conception du droit au sens de règles abstraites, qu'il nous semble évident que nous soyons nécessairement capables de les confectionner délibérément, c'est là le résultat des efforts d'innombrables générations de juristes traduisant dans le langage ce que les gens avaient appris à observer en agissant. Dans leurs efforts, ils ont eu à créer le langage même dans lequel de telles règles pouvaient être exprimées.

L'attitude caractéristique du juge dérive ainsi de cette particularité qu'il n'a pas à se soucier de ce qu'une autorité quelconque veut qu'il soit fait dans un cas donné, mais de ce que des personnes privées ont des raisons « légitimes » d'escompter, le mot « légitime » étant attaché à la sorte de pronostics sur laquelle leurs actions dans cette société sont d'habitude fondées. Le but des règles doit être de faciliter l'ajustement et le repérage commun des anticipations qui conditionnent la bonne fin des projets des intéressés.

Un gouvernant qui envoie un juge maintenir la paix ne le fera pas ordinairement pour maintenir un certain agencement créé par lui, ou pour voir si ses commandements ont été exécutés, mais pour rétablir un ordre dont il peut même ignorer la nature. A la différence du surveillant ou de l'inspecteur, un juge n'a pas à examiner si certains ordres ont été exécutés ou si chacun a bien rempli la tâche propre qui lui a été assignée. Bien que le juge puisse avoir été désigné par une autorité supérieure, son devoir ne sera pas d'imposer la

volonté de cette autorité mais de régler des disputes qui pourraient perturber un ordre régnant; il prendra en considération des événements particuliers dont l'autorité n'a nulle connaissance, et des actions de gens qui de leur côté n'avaient connaissance d'aucun commandement par lequel l'autorité leur aurait prescrit de faire telle ou telle chose.

Ainsi « à ses débuts la loi (au sens de droit des légistes) avait pour objet, et pour seul objet, de maintenir la paix »[6]. Les règles que le juge fait appliquer n'intéressent le gouvernant qui l'a envoyé que pour autant qu'elles préservent la paix et assurent ainsi que le flux des efforts du peuple continuera à se produire sans encombre. Elles n'ont rien à voir avec ce que quelqu'un aurait commandé aux gens de faire; elles leur désignent seulement certains types d'actions dont ils doivent s'abstenir et qu'il n'est permis à personne de commettre. Elles se rapportent à certaines conditions préalables d'un ordre permanent que personne n'a édifié mais dont chacun peut voir qu'il existe.

La raison d'être de la fonction judiciaire est de maintenir un ordre permanent des actions

Affirmer que les règles que le juge trouve et applique servent à maintenir un ordre qui existe dans les actions implique qu'il est possible de distinguer entre ces règles et l'ordre résultant. Que la distinction soit réelle, est montré par le fait que seules certaines règles de conduite individuelle produisent effectivement un ordre d'ensemble, alors que d'autres règles rendraient un tel ordre impossible. Ce qu'il faut pour que les actions particulières des individus engendrent un ordre général, ce n'est pas seulement qu'elles ne se contrarient pas mutuellement sans nécessité, mais aussi que dans la mesure où le succès d'une action individuelle exige qu'elle soit combinée avec d'autres, il y ait au moins une bonne chance que la combinaison se réalise. Mais tout ce que des règles peuvent produire à ce point de vue, c'est de faciliter aux individus leur rencontre et leur accord; des règles abstraites ne peuvent pratiquement pas garantir que cela se fera toujours.

La raison pour laquelle de telles règles ont tendance à se développer est que les groupes qui se sont trouvés adopter des règles plus favo-

rables à la formation d'un ordre efficace des actions tendront à l'emporter sur d'autres groupes où l'ordre sera moins efficace[7]. Les règles qui se répandront seront celles qui, gouvernant les pratiques et coutumes existant dans divers groupes, rendent certains plus vigoureux que les autres. En outre, certaines règles deviendront dominantes parce qu'elles guident mieux les pronostics dans les relations avec d'autres personnes qui agissent indépendamment. De fait, la supériorité de certaines règles deviendra évidente en grande partie parce qu'elles créeront un ordre efficace non seulement au sein d'un groupe fermé, mais aussi entre des gens qui se rencontrent par hasard et ne se connaissent pas personnellement. A la différence du commandement, des règles de ce genre créent ainsi un ordre même entre des gens qui ne poursuivent pas un but commun. Le respect par tous de ces règles sera quelque chose qui importe à chacun parce que le succès de ses activités en dépend, alors que les objectifs respectifs des diverses personnes pourront être totalement différents.

Dès lors que les individus agissent en accord avec les règles, il n'est pas nécessaire qu'ils soient pleinement conscients de leur contenu. Il suffit qu'ils *sachent comment se conformer* aux règles en agissant, sans qu'ils *sachent en quoi consistent* ces règles et par quels mots on les exprime. Mais leur « savoir agir » ne fournira de guide sûr que dans les situations qui se présentent souvent, tandis que dans les circonstances moins habituelles la certitude intuitive quant aux perspectives légitimes ou non fera défaut. C'est dans cette dernière situation qu'il faudra faire appel à des hommes supposés en savoir davantage quant aux règles établies en vue de préserver la paix et d'éviter les querelles. De telles personnes, lorsqu'on leur demande de départager les intéressés, se trouvent souvent dans la nécessité d'énoncer de manière plus précise les règles au sujet desquelles il y a différence d'opinion et parfois même d'en formuler de nouvelles là où il n'en existe pas de généralement reconnues.

Leur but, en énonçant ainsi des règles, sera d'abord d'obtenir l'assentiment à leur application dans un cas particulier. Dans une telle circonstance, il sera souvent impossible de distinguer entre la simple énonciation de règles qui ont jusqu'alors existé simplement sous forme de pratiques et la formulation de règles qui n'ont jamais servi de base à des actions mais qui, une fois formulées, seront acceptées comme raisonnables par à peu près tout le monde. Mais

ni dans un cas ni dans l'autre, le juge ne sera libre de prononcer n'importe quelle règle qui lui plaît. Les règles qu'il énonce devront combler un vide bien déterminé dans le système des règles déjà reconnues, de telle sorte que les règles nouvelles servent à maintenir et améliorer l'ordre des actions que les règles déjà existantes rendent possible[8].

Pour comprendre le processus par lequel un tel corps de règles est développé par l'activité judiciaire, il est éclairant de considérer les situations dans lesquelles un juge n'a pas seulement à appliquer et formuler des pratiques déjà fermement établies, mais où il existe un doute réel sur ce que requiert la coutume établie et où les parties en litige peuvent être toutes deux de bonne foi. Dans de tels cas où il existe vraiment une lacune dans le droit reconnu, une règle nouvelle n'a de chances de s'établir que si quelqu'un est chargé de la mission de trouver une règle qui, ayant été formulée, sera reconnue comme appropriée.

Ainsi, bien que les règles de juste conduite, de même que l'ordre d'actions qu'elles rendent possible, soient en un premier stade le produit d'une croissance spontanée, leur perfectionnement graduel demandera les efforts délibérés de juges (ou autres juristes) qui amélioreront le système existant en posant des règles neuves. Il est certain que le droit tel que nous le connaissons ne se serait pas développé pleinement sans de tels efforts des juges, ou même sans l'intervention finale d'un législateur, pour le tirer d'une impasse où l'évolution graduelle peut l'avoir enfoncé, ou encore pour résoudre des problèmes entièrement nouveaux. Il n'en reste pas moins que le système des règles dans son ensemble ne doit pas sa structure au dessein de juges ni de législateurs. Il est l'aboutissement présent d'un processus évolutif au cours duquel la croissance spontanée des coutumes et les améliorations délibérées de détails d'un système existant auront constamment réagi les unes sur les autres. Chacun de ces deux facteurs a dû jouer, dans les conditions modelées par l'autre, pour concourir à la formation d'un ordre des actions effectif, dont le contenu particulier dépendra en outre toujours de circonstances autres que les règles du droit. Aucun système juridique n'a jamais été combiné comme un tout, et même les diverses entreprises de codification ne firent rien de plus que systématiser un corps de droit existant, en même temps qu'elles le complétaient ou en éliminaient des contradictions.

Le juge aura ainsi fréquemment à résoudre un puzzle auquel il peut certes y avoir plusieurs solutions; mais dans la plupart des cas il sera déjà assez difficile de trouver une seule solution qui réponde à toutes les exigences légitimes. La tâche du juge sera ainsi une tâche intellectuelle dans laquelle il ne doit pas laisser affecter ses décisions par ses sentiments ou ses préférences, par sa compassion pour l'un des adversaires malheureux ou sa propre opinion sur l'importance du but poursuivi. Il lui sera assigné un objectif précis, bien que ce ne soit pas une fin concrète particulière : le but sera d'améliorer un ordre des activités donné, en établissant une règle qui pourra prévenir le retour des conflits qui se sont produits. En travaillant à remplir sa mission, il devra constamment se mouvoir dans une constellation donnée de règles qu'il a le devoir de respecter; et il lui faudra insérer dans cette constellation un élément requis par la fin que sert le système dans son ensemble.

Les « actions affectant autrui » et la protection des anticipations légitimes

Etant donné que pour qu'un procès vienne devant un juge il faut qu'une dispute se soit produite, et que les juges ne sont pas normalement compétents pour les relations de commandement et d'obéissance, seules les actions des individus qui affectent d'autres personnes, traditionnellement appelées *actions towards other persons* [*operationes quae sunt ad alterum*][9]*, peuvent donner lieu à la formulation de règles légales. Nous aurons effectivement à examiner la question de savoir comment définir ces « actions affectant autrui ». Pour l'instant nous voulons simplement indiquer que les actions qui clairement ne sont pas de cette nature — par exemple ce qu'une personne fait par elle-même entre ses quatre murs, ou même la collaboration volontaire de plusieurs personnes à une action qui n'affecte ni ne lèse en aucune manière autrui — ne peuvent jamais devenir l'objet de règles de conduite évocables devant un juge. Cela est important parce que c'est la réponse à un problème qui a fréquemment gêné ceux qui étudient ces matières; à savoir que même des règles parfaitement abstraites et générales puissent quand même constituer des restrictions sérieuses

* En latin — de prétoire — dans le texte *(N.d.T.)*

et non nécessaires à la liberté individuelle[10]. A vrai dire, des règles générales comme celles qui exigent que l'on se conforme à une religion officielle peuvent bien être ressenties comme la plus grave atteinte à la liberté personnelle. Mais le fait est simplement que de telles règles ne sont pas de celles qui portent sur la conduite envers autrui ou, comme nous les définirons, des règles délimitant un domaine protégé pour l'individu. Du moins là où l'on ne croit pas que le groupe entier puisse être puni par une puissances urnaturelle pour les péchés des individus, de telles règles ne peuvent se rattacher à la limitation des comportements envers autrui, et donc ne peuvent découler du règlement des disputes[11].

Mais que sont les « actions affectant autrui », et dans quelle mesure la prévention des conflits entre elles peut être assurée par des règles de conduite ? La loi ne peut évidemment par prohiber toutes les actions qui pourraient nuire à autrui; non seulement parce que personne ne peut prévoir tous les effets d'une action quelconque, mais aussi parce que la plupart des modifications que les circonstances peuvent inciter à apporter à un plan individuel auront des chances d'être désavantageuses pour quelqu'un d'autre. La protection contre le désappointement d'une attente que la loi peut donner dans une société en perpétuel changement sera toujours limitée à certaines anticipations mais non applicable à toutes. De plus, il est même essentiel à la préservation d'un ordre spontané que certains dommages soient causés à autrui en connaissance de cause : la loi n'interdit pas d'ouvrir un nouvel établissement industriel ou commercial même si cela est fait en sachant que le résultat probable sera d'en mener un autre à la faillite. La mission des règles de juste conduite ne peut donc être que de faire savoir aux gens quelles sont les perspectives sur lesquelles ils peuvent compter, à l'exclusion des autres.

Le développement de telles règles implique évidemment des réactions mutuelles et incessantes entre les règles de droit et les prévisions; lorsque de nouvelles règles sont posées pour protéger des anticipations dont le type existe déjà, chacune de ces règles a aussi tendance à en susciter de nouvelles. Et comme certaines attentes habituelles sont toujours en conflit avec d'autres, le juge sera constamment amené à décider quelles sont celles qu'il doit reconnaître comme légitimes; ce faisant, il donnera un fondement à de nouvelles anticipations. Cela sera en quelque mesure toujours un processus

expérimental, étant donné que le juge (et ceci est vrai aussi du législateur) ne sera jamais en mesure de prévoir toutes les conséquences de la règle qu'il fonde; souvent même il sera impuissant à réduire effectivement les sources de conflit entre les prévisions. Toute nouvelle règle introduite pour dénouer un conflit peut aussi bien être la source de conflits sur d'autres points, parce que l'établissement d'une nouvelle règle agit toujours sur un ordre des activités que la loi ne détermine pas entièrement à elle seule. Et pourtant, c'est seulement par leurs effets sur cet ordre des activités — effets décelables uniquement à l'expérience — que l'on peut juger si les règles en question sont ou non adéquates.

Dans un ordre dynamique des activités seules certaines anticipations peuvent être protégées

Au cours de ce processsus il deviendra visible non seulement que les attentes ne peuvent pas toutes être protégées par des règles générales, mais même que pour favoriser la bonne fin du plus grand nombre possible d'anticipations, il faut que certaines d'entre elles soient systématiquement déçues. Cela veut dire aussi qu'il n'est ni possible ni souhaitable d'empêcher toute action qui nuira à autrui, mais seulement certains types d'action. Il est considéré comme pleinement légitime de changer de fournisseur, et de décevoir ainsi celui qui se croyait assuré de conserver le client avec lequel il avait l'habitude de traiter. Le dommage à autrui que la loi cherche à empêcher n'est pas n'importe lequel, mais seulement le fait de décevoir une attente que la loi a déclaré être légitime. C'est la seule manière dont on puisse faire de la règle « ne pas nuire à autrui » quelque chose qui ait un sens pour un groupe d'hommes qui ont le droit de poursuivre chacun ses propres objectifs sur la base de ses propres informations. Ce qui peut être garanti à tous, ce n'est pas que personne ne gênera quelqu'un d'autre dans la poursuite de ses objectifs; c'est que personne ne sera empêché de recourir à certains moyens.

Dans un cadre général qui change constamment et où, par conséquent, il y aura toujours des individus qui découvrent des faits nouveaux, et où l'on souhaite qu'ils puissent tirer parti de ce nouveau savoir, il est clairement impossible de protéger toutes les anticipations. Ce serait diminuer et non pas augmenter la sécurité des indi-

vidus, s'ils étaient empêchés d'ajuster leurs plans d'actions aux faits nouveaux chaque fois qu'ils en ont connaissance. En fait, beaucoup de choses sur lesquelles nous comptons peuvent seulement se réaliser parce que les autres adaptent continuellement leurs plans à la lumière de ce qu'ils apprennent. Si toutes nos attentes relatives aux actions d'autrui étaient protégées, tous les changements grâce auxquels, dans des situations constamment mouvantes, les autres peuvent nous fournir ce dont nous avons besoin se trouveraient paralysés. Par conséquent, en définissant les attentes légitimes dignes de protection, il est nécessaire de viser à ce résultat global : faire en sorte que le plus grand nombre possible d'anticipations se trouvent confirmées.

On ne peut certainement pas tendre à un maximum de ce genre en exigeant des individus qu'ils continuent à faire exactement ce qu'ils ont fait précédemment. Dans un monde où certains faits sont inévitablement incertains, le seul moyen que nous ayons d'obtenir un quelconque degré de stabilité et donc de prévisibilité, quant au résultat global des activités, est de laisser à chacun toute latitude de s'adapter à ce qu'il apprend, d'une façon qui restera imprévisible aux autres. Ce sera à travers de telles modifications de détail que sera maintenu un ordre abstrait dans lequel, à partir de ce que nous voyons, il nous sera possible de former nos pronostics avec un degré satisfaisant de fiabilité.

Pour le moment, il suffit d'examiner les conséquences d'une situation où toute personne serait tenue de continuer de faire ce que les autres ont l'habitude d'attendre d'elle, pour voir que le résultat serait à brève échéance l'effondrement de l'ordre tout entier. Si les individus s'efforçaient d'obéir à de telles injonctions, certains se verraient immédiatement dans l'impossibilité matérielle de le faire parce que certaines des circonstances ont changé. Mais ils feraient ainsi faux bond à d'autres individus, les plaçant de même dans l'impossibilité matérielle de continuer comme avant; la situation s'étendrait rapidement de proche en proche. (Incidemment, notons que c'est l'une des raisons pour lesquelles un système complètement planifié a toutes chances de s'effondrer.) Maintenir un flux global de résultats dans un système complexe de production exige une grande élasticité dans le comportement des éléments du système; c'est pourquoi ce sont d'imprévisibles changements au niveau des individus qui assureront un haut degré de prévisibilité quant aux résultats globaux.

Nous verrons ultérieurement (au volume 2, chapitre 10) comment se présente l'apparent paradoxe du marché, où c'est par le déni systématiquement opposé à certaines attentes que l'on obtient la vérification du plus grand nombre possible d'entre elles. Telle est la manière dont opère le principe de « feedback négatif ». Pour le moment, l'on doit seulement ajouter — afin de prévenir un possible malentendu — qu'il n'y a rien de commun entre, d'une part, le fait que l'ordre global présente une régularité plus grande que les faits individuels et, d'autre part, le genre de probabilité qui peut résulter des mouvements incoordonnés d'éléments dont s'occupe la statistique; car les actions individuelles sont le résultat d'un ajustement mutuel systématique.

Ce qui importe immédiatement est de faire voir que cet ordre des activités, fondé sur certaines assurances implicites, doit dans une certaine mesure avoir toujours existé comme un fait, avant que les gens aient cherché à garantir que leurs anticipations seraient confirmées. L'ordre existant des activités aura dans le premier cas été un fait sur lequel les hommes comptaient, sans plus; il ne sera devenu une valeur qu'ils cherchent à sauvegarder qu'au moment où ils auront compris à quel point ils en dépendent pour pouvoir viser efficacement leurs objectifs particuliers. Nous préférons appeler cela une valeur, plutôt qu'un but, parce que ce sera une situation que tout le monde souhaitera préserver bien que personne n'ait délibérément tendu à l'établir. A vrai dire, même si tous ont conscience que leurs chances reposent sur le maintien de cet ordre, aucun probablement ne serait capable d'en décrire le caractère. Il en est nécessairement ainsi parce que l'ordre en question ne peut pas être décrit en se référant à quelque fait particulier observable, mais seulement en décrivant un système de relations abstraites dont le maintien est assuré par les modifications au niveau des éléments. Ce doit être, comme nous l'avons déjà noté, non quelque chose de visible ou qui tombe directement sous quelque autre sens, mais quelque chose que l'on ne peut que reconstruire mentalement.

Au demeurant, bien que l'ordre puisse sembler consister simplement dans le fait que l'on obéit à des règles, et bien qu'il soit vrai que l'obéissance aux règles soit nécessaire pour réaliser l'ordre, nous avons vu aussi que l'ordre n'est pas procuré par n'importe quelle règle. Au contraire, c'est de leur contenu particulier qu'il dépendra que les

règles établies conduisent à la formation d'un ordre global dans n'importe quelle constellation de circonstances. L'obéissance à des règles mal conçues peut parfaitement devenir la source d'un désordre et il est possible d'imaginer certaines règles de conduite individuelle qui, de toute évidence, rendraient impossible l'intégration des activités particulières dans un ordre global.

Les « valeurs » que servent les règles de juste conduite ne sont donc pas des aspects concrets d'un ordre de faits existant, mais des caractères abstraits que les gens souhaiteront consolider parce qu'ils y auront décelé les conditions d'une poursuite efficace d'objectifs nombreux, variables, divergents et imprévisibles. Les règles tendent à garantir certains caractères abstraits de l'ordre d'ensemble de notre société, caractères dont nous souhaiterions que l'ordre en question soit plus nettement marqué. Nous nous efforçons d'y parvenir en améliorant les règles que nous commençons par trouver parce qu'elles sous-tendent nos activités courantes. En d'autres termes, ces règles sont d'abord propres à un état de choses que personne n'a délibérément créé, et qui par conséquent n'avait pas eu de but déterminé; lorsque nous commençons à en comprendre l'importance pour la poursuite efficace de toutes nos activités, nous pouvons essayer d'améliorer cet état de choses.

S'il est évident que des normes ne peuvent être déduites de prémisses qui ne contiennent que des faits, cela n'empêche pas l'enchaînement que voici : si nous admettons certaines normes visant généralement à certains résultats, des circonstances de fait pourront nous amener à admettre en outre d'autres normes, simplement parce que, dans la situation en question, les normes établies n'obtiendront les résultats qui les justifient qu'à la condition que soient aussi appliquées des normes supplémentaires. Ainsi, si nous acceptons sans discussion un certain ensemble de normes et que nous découvrons qu'en une situation donnée ces normes n'obtiennent pas le résultat visé à moins qu'on leur adjoigne certaines autres normes, ces normes complémentaires se trouveront requises par celles préexistantes, bien qu'elles n'en soient pas logiquement la conséquence. L'existence de telles règles complémentaires étant d'ordinaire admise tacitement, il n'est sans doute pas tout à fait faux (mais pas complètement exact) de dire que l'apparition de certains faits nouveaux puisse rendre nécessaires certaines normes nouvelles.

Cette relation entre le système des règles de conduite et l'ordre effectif des activités a une importante conséquence : c'est qu'il ne peut y avoir une science du droit qui soit purement une science des normes, et ne tienne pas compte de l'ordre de fait auquel elle tend. Insérer convenablement une nouvelle norme dans un système de normes préexistant ne sera pas seulement un problème de logique; ce sera d'habitude aussi le problème de savoir si, dans les circonstances de fait existantes, la nouvelle norme conduira à un ordre d'activités compatibles entre elles. Cela découle du fait que des règles abstraites de conduite ne déterminent les actes effectifs qu'en combinaison avec les circonstances particulières. Le critère permettant de juger si une nouvelle norme cadre avec le système existant peut par conséquent être lui-même d'ordre pratique; une nouvelle norme qui paraît logiquement tout à fait homogène avec les normes préalablement acceptées peut néanmoins s'avérer en conflit avec ces normes anciennes si, dans un certain assemblage de circonstances, elle autorise des actions incompatibles avec d'autres actions, permises par les anciennes. C'est pourquoi traiter à la manière cartésienne ou « géométrique » le droit comme une pure « science des normes », où toutes les règles de droit sont déduites de prémisses explicites, est une méthode si gravement trompeuse. Nous verrons qu'elle doit échouer même dans son intention immédiate qui est de rendre les décisions judiciaires plus prévisibles. Les normes ne peuvent être jugées d'après leur cohérence avec d'autres normes sans égard aux faits, parce que c'est dans les faits que les actions permises par elles sont, ou ne sont pas, mutuellement compatibles.

C'est cette notion fondamentale qui, tout au long de l'histoire de la jurisprudence, est constamment apparue sous la forme de références à la « nature des choses » (*natura rerum* ou *Natur der Sache*)[13], et que nous trouvons dans cette affirmation souvent citée de O. W. Holmes, que « la vie du droit n'a pas été la logique, mais l'expérience »[14], ou dans diverses expressions telles que « les exigences de la vie en société »[15], la « compatibilité »[16] ou la « conciliation possible »[17] des activités que la loi a en vue.

La coïncidence maximale des anticipations est assurée par la délimitation de domaines protégés

La principale raison de la difficulté qu'il y a à faire que les règles de conduite servent à augmenter la prévisibilité des situations est que ces règles n'y parviennent pas en déterminant un état de choses particulier et concret, mais en déterminant seulement un ordre abstrait permettant à ses membres de déduire, des détails connus d'eux directement, des anticipations qui ont de bonnes chances de se trouver vérifiées. C'est tout ce que l'on peut obtenir dans un monde où certains faits changent d'une façon imprévisible et où l'ordre est réalisé par les individus s'ajustant eux-mêmes aux faits nouveaux chaque fois qu'ils en ont connaissance. Ce qui peut demeurer constant dans un tel ordre global, alors qu'il s'ajuste continuellement à des changements externes, et ce qui peut servir de base aux prévisions, ne peut être qu'un système de relations abstraites; ce ne peut être les éléments particuliers du système. Cela signifie que tout changement doit forcément décevoir certaines attentes; mais que ce même changement qui déçoit des attentes crée une situation où, de nouveau, la chance de former des pronostics concrets est aussi grande que possible.

Une telle condition ne peut évidemment être réalisée qu'en protégeant certaines anticipations et non toutes; et le problème central est de savoir lesquelles doivent être garanties pour porter au maximum la possibilité que les attentes soient généralement satisfaites. Cela implique une distinction entre les anticipations « légitimes » que la loi doit garantir et d'autres dont elle doit admettre qu'elles soient déçues. Une seule méthode a été dégagée pour définir la portée des assurances qui seront ainsi garanties, afin de réduire l'obstacle que les actions des uns apportent aux intentions des autres; c'est de délimiter pour chaque individu une zone d'activités licites. Ce qui revient à désigner (ou plutôt à rendre reconnaissables par l'application de règles aux faits concrets) les séries d'objets dont chaque individu a la faculté de disposer à son gré sans que les autres aient aucun titre à s'en mêler. La gamme d'actions dans les limites de laquelle chacun sera à l'abri des interventions d'autrui ne peut être définie par des règles également applicables à tous que si ces règles permettent d'identifier les objets particuliers dont chacun a le droit exclusif de disposer pour les fins de son choix. En d'autres termes,

il faut des règles telles qu'elles permettent à tout moment de constater les frontières du domaine protégé de chacun, et ainsi de distinguer entre *le mien* et *le tien*.

La notion que « les bonnes clôtures font les bons voisins »[18], c'est-à-dire que les hommes ne peuvent se servir de leurs connaissances pour parvenir à leurs objectifs, sans se heurter les uns aux autres, que si des frontières nettes peuvent être tracées entre leurs domaines respectifs de libre utilisation, est le fondement sur lequel toute civilisation connue s'est édifiée. La propriété, au sens large qui lui est donné pour inclure non seulement les objets matériels, mais (comme John Locke l'a défini) « la vie, la liberté et le patrimoine » de chaque individu, est la seule solution que les hommes aient jamais découverte pour résoudre le problème de concilier la liberté individuelle avec l'absence de conflit. Le droit, la liberté et la propriété sont une trinité indissociable. Il ne peut y avoir de droit, au sens de règles universelles de conduite, qui ne définisse les frontières des domaines de liberté en posant les règles qui permettent à chacun de savoir où il est le maître de ses actes.

Cela a longtemps été considéré comme évident en soi et n'ayant pas besoin de preuve. C'était, comme le montre la citation placée en exergue du présent chapitre, aussi clairement compris des anciens Grecs que par tous les fondateurs de la pensée politique libérale, depuis Milton[19] et Hobbes[20] jusqu'à Montesquieu[21] et Bentham[22]; et cela a été à nouveau souligné plus récemment par H. S. Maine[23] et Lord Acton[24]. L'idée n'a été contestée qu'à une époque relativement récente par la mentalité constructiviste du socialisme et sous l'influence de l'idée erronée qu'à un certain stade la propriété a été « inventée » tandis qu'il y aurait eu un état antérieur de communisme primitif. Ce mythe a été complètement réfuté par la recherche anthropologique[25]. Il ne peut y avoir de doute à présent que la reconnaissance de la propriété a précédé l'apparition des cultures même les plus primitives et que certainement tout ce que nous appelons civilisation s'est développé sur la base de cet ordre spontané des activités que rend possible la délimitation de domaines protégés pour les individus ou les groupes. Bien que la pensée socialiste de notre époque ait réussi à rendre cette notion suspecte d'être d'origine idéologique, c'est une vérité scientifique aussi bien démontrée que toutes les autres que nous avons acquises en ce domaine.

Avant d'aller plus loin il est nécessaire de nous prémunir contre un malentendu fréquent au sujet des rapports entre les règles du droit et la propriété des individus particuliers. La formule classique, que les règles de juste conduite ont pour but d'assigner à chacun son dû *(suum cuique tribuere)*, est souvent interprétée comme signifiant que la loi par elle-même assigne à chaque particulier des choses particulières. Il n'en est assurément rien. Le droit fournit seulement des règles par lesquelles il est possible d'identifier des frontières, qui ont été tracées par les actions des individus dans les limites fixées par ces règles, mais déterminées quant à leur contenu particulier par nombre d'autres circonstances. Il ne faut pas non plus interpréter la formule classique — ainsi qu'on le fait souvent — comme se rapportant à ce qu'on appelle la « justice distributive », ou comme visant à un état de choses ou une répartition qui, indépendamment de la façon dont la situation a été engendrée, pourrait être dite juste ou injuste. Le but des règles de droit est simplement d'éviter, en traçant des frontières, que les actions des divers individus ne se contrarient; ces règles ne peuvent à elles seules déterminer ce que sera le résultat pour chaque individu; en conséquence, elles n'ont pas à s'en charger.

C'est seulement en définissant ainsi la sphère protégée de chacun que la loi détermine quelles sont ces « actions affectant autrui » dont elle assume le contrôle; et c'est là ce qui donne un sens repérable à son interdiction générale de « nuire à autrui ». La sécurité maximale que peut effectivement fournir, aux anticipations des particuliers, une société où les individus ont la faculté d'utiliser leurs connaissances de circonstances constamment changeantes, au service de leurs intentions non moins changeantes, est procurée par des règles qui disent à chacun lesquelles de ces circonstances ne doivent pas être modifiées par les autres, et lesquelles ne doivent pas l'être par lui-même.

Savoir avec précision où ces frontières doivent être tracées est une question fort difficile, et nous ne lui avons certainement pas encore trouvé de réponses définitives. La conception de la propriété n'est assurément pas tombée du ciel toute faite. Nous n'avons pas encore réussi partout à délimiter le domaine individuel de telle sorte que son possesseur soit contraint, dans ses décisions, à tenir compte de tous les effets dont nous souhaitons qu'il soit responsable, et de ceux-là seulement. Dans nos efforts pour améliorer les principes

de démarcation, nous ne pouvons faire autrement que de bâtir sur un système établi de règles, qui sert de base à l'ordre dynamique présentement maintenu par l'institution de la propriété. Parce que tracer des frontières est utile à une fonction dont nous commençons à comprendre l'importance, il est sensé de se demander dans les cas d'espèce si la frontière a été placée au bon endroit ou si, en raison de circonstances changées, une règle établie est toujours adéquate. Pourtant, où marquer la frontière convenablement n'est pas normalement une décision qui puisse être prise arbitrairement. Quand des problèmes nouveaux surgissent du fait de nouvelles circonstances, par exemple s'il faut établir une démarcation là où précédemment la question ne se posait pas de savoir qui avait le droit de faire quoi et où ce droit, par conséquent, n'avait jamais été revendiqué ni adjugé, la tâche sera de trouver une solution qui serve le même but général que les autres règles que nous tenons pour acquises. La logique du système existant peut, par exemple, impliquer nettement que le courant électrique soit inclus dans le concept de propriété bien que les règles établies le limitent aux choses tangibles. Parfois, comme dans le cas des ondes électromagnétiques, aucune sorte de limite spatiale ne fournira de solution pratique et il peut être nécessaire de trouver des concepts totalement différents pour allouer le droit de se servir de cette espèce de ressource. Il n'y avait guère qu'en ce qui concerne les biens meubles* qu'il fût à peu près vrai que ce qu'en faisait leur propriétaire n'affectait généralement que lui-même et personne d'autre; ce qui permettait d'inclure dans le droit de propriété la faculté « d'user et abuser » comme on veut de l'objet possédé. Mais l'idée de disposition exclusive et arbitraire ne fournissait de solution satisfaisante que là où les avantages et les inconvénients de l'usage décidé ne débordaient pas les frontières du domaine dans lequel primaient les intérêts du propriétaire. La situation est très différente lorsqu'on passe des biens meubles aux immeubles, où les « effets de voisinage » et autres conséquences de ce genre rendent beaucoup plus délicat le problème du tracé des « frontières » convenables.

Nous aurons plus loin, dans un autre contexte, à examiner plusieurs corollaires de ces considérations; par exemple, que les règles

* Le mot anglais *chattel* désigne les objets personnels, mais s'étend aussi au bétail — notre « cheptel ». *(N.d.T.)*

de juste conduite sont essentiellement négatives en ce qu'elles visent seulement à prévenir l'injustice; et que leur développement se produira par l'application constante, au corps traditionnel des règles de droit, du test également négatif de compatibilité; que, enfin, par l'application persistante de ce critère, nous pouvons espérer nous approcher toujours davantage de la justice, sans jamais l'atteindre définitivement. Nous devrons alors revenir sur ce faisceau de questions, non plus sous l'angle des attributs que le droit élaboré par les juges possède nécessairement, mais sous l'angle des propriétés que le droit de la liberté doit posséder, et qui par conséquent devraient être respectées dans la confection délibérée de la législation.

Nous devons aussi reporter à un autre chapitre la démonstration du fait que voici : ce qu'on appelle la maximisation du volume global de biens et services disponibles est un sous-produit — contingent bien que hautement désirable — de l'ajustement des anticipations individuelles; ajustement que la loi doit tendre à faciliter, en bornant là son ambition. Nous verrons alors que c'est seulement en s'assignant pour objectif un état de choses où la concordance des anticipations a des chances de se produire que la loi peut contribuer à fournir cet ordre, fondé sur une division du travail large et spontanée, auquel nous sommes redevables de notre richesse matérielle.

Le problème général de l'influence des valeurs sur les faits

Nous avons souligné de façon réitérée que l'importance des règles de juste conduite est due au fait que le respect de ces valeurs conduit à la formation de certaines structures complexes de la réalité; et qu'en ce sens des faits d'importance dépendent de l'influence dominante de valeurs auxquelles l'on tient, sans avoir conscience de cette relation de cause à effet. Comme ce lien de causalité est rarement remarqué, il est indiqué de consacrer ici quelques remarques à son analyse.

L'on manque souvent de voir que les situations créées par l'attachement à certaines valeurs sont distinctes des objectifs des individus attachés à ces valeurs et qui guident sur elles leurs actions; car le résultat d'ensemble est une configuration des comportements d'individus nombreux, configuration dont les individus qui agissent peuvent

même n'avoir aucunement conscience, et qui ne faisait certainement pas partie des buts de leur activité. Toutefois cet ordre, cette configuration qui apparaît sans que personne ne l'ait cherchée finissent par être reconnus comme une situation favorable à la poursuite d'un nombre indéfini d'autres objectifs, situation qui deviendra à son tour une valeur. Cet ordre sera défini, non par les règles gouvernant le comportement des individus, mais par l'ajustement de leurs anticipations qu'engendrera l'observance des règles. Mais si un tel état de choses vient à être considéré comme une valeur, cela impliquera qu'on ne peut en bénéficier que si les gens sont guidés dans leur activité par d'autres valeurs (les règles de conduite) qui pour eux, puisqu'ils n'ont pas conscience de leur rôle, doivent apparaître comme des valeurs finales. L'ordre résultant est ainsi une valeur qui est la résultante inintentionnelle et insoupçonnée de l'obéissance à d'autres valeurs.

Il en découle en particulier que diverses valeurs dominantes se trouvent parfois en conflit; ou encore qu'une valeur admise exige qu'on en reconnaisse une autre, non en raison d'un lien logique de l'une à l'autre mais à cause de conséquences qu'elles ne visaient point mais qui dérivent involontairement de leur application effective. Nous trouverons ainsi fréquemment des valeurs diverses qui deviennent interdépendantes par les situations de fait qu'elles provoquent, bien que les personnes qui agissent n'aient pas conscience de leur interdépendance, c'est-à-dire que nous ne pouvons obtenir l'une sans respecter l'autre. Ainsi, ce que nous nommons civilisation peut dépendre de la réalisation d'une situation où les nombreux plans d'action des divers individus deviennent si ajustés les uns aux autres qu'ils arrivent à bonne fin dans la plupart des cas; cette situation, à son tour, ne pourra s'établir que si les individus acceptent comme une valeur la propriété privée. Les connexions de ce genre n'ont guère de chances d'être comprises tant que nous n'aurons pas appris à distinguer clairement entre les régularités de conduite individuelle qui sont déterminées par des règles, et l'ordre global qui résultera de l'obéissance à certains genres de règles.

La compréhension du rôle que les valeurs jouent ici est souvent empêchée par le fait qu'au lieu de « valeurs » l'on emploie des termes objectifs tels que : « habitudes » ou « pratiques ». Or il n'est pas possible, en rendant compte de la formation d'un ordre global,

de remplacer convenablement le concept de valeurs qui guident l'action individuelle, par le constat de récurrences fréquentes dans le comportement des individus; la raison en est que nous sommes en fait incapables de réduire totalement les valeurs orientatrices de l'action à une liste d'actions convenables. Nous pouvons reconnaître qu'une conduite est guidée par une valeur seulement parce que nous avons connaissance de cette valeur. L'habitude de respecter, par exemple, la propriété d'autrui ne peut être observée que si nous connaissons les règles de propriété; et bien que nous puissions reconstituer ces règles à partir du comportement observé, la reconstitution comportera toujours davantage que la description d'un comportement particulier.

La relation complexe entre valeurs et faits crée certaines difficultés, familières au sociologue qui étudie des structures sociales complexes, qui existent uniquement parce que les individus qui les composent sont attachés à certaines valeurs. Dans la mesure où il tient pour assurée la structure d'ensemble qu'il étudie, il suppose aussi implicitement que les valeurs sur lesquelles cette structure est basée continuent à dominer les esprits. Cela peut n'avoir pas d'importance lorsqu'il étudie une société autre que la sienne, comme dans le cas du socio-anthropologue qui ne désire pas influencer les membres de la société qu'il étudie, ni ne s'attend à ce qu'on prête attention à ce qu'il en dit. Mais la situation est différente pour le sociologue à qui l'on demande conseil pour atteindre certains objectifs au sein d'une société donnée. Pour suggérer quelque modification ou amélioration d'un tel ordre, il lui faudra accepter les valeurs qui sont indispensables à son existence, car il serait manifestement illogique d'essayer d'améliorer quelque aspect particulier de cet ordre et de proposer en même temps des moyens qui détruiraient les valeurs sur lesquelles repose l'ordre tout entier. Il lui faudra raisonner sur des prémisses qui contiennent des valeurs, et il n'y a aucune faille logique si, en partant de telles prémisses, il arrive à des conclusions qui elles aussi contiennent des valeurs.

Sur la « raison d'être » du droit

Cette intuition que la loi sert, ou conditionne nécessairement, la formation d'un ordre des actions spontané, bien qu'elle soit vaguement présente dans beaucoup d'endroits de la philosophie du

droit, est ainsi une idée qu'il a été difficile de formuler de façon précise en l'absence de l'explication de l'ordre fournie par la théorie sociale, et plus spécialement par l'économie. L'idée que la loi « visait » quelque situation concrète, ou qu'un certain état de choses n'apparaîtrait que si certaines règles de conduite étaient généralement obéies, nous la trouvons exprimée de bonne heure, notamment dans la conception des derniers scolastiques pour qui la loi était déterminée par la « nature des choses ». Cette idée, nous l'avons déjà mentionnée, est à la base de l'insistance mise à souligner que le droit est une science « empirique » ou « expérimentale ». Mais concevoir comme but un ordre abstrait, dont personne ne peut prédire de quelle façon il se manifestera, un ordre défini par des propriétés que l'on ne pouvait exprimer avec précision, cela était par trop étranger à ce que la plupart des gens considéraient comme un objectif convenable d'action rationnelle. Assurer la durée d'un système permanent de relations abstraites, ou d'un ordre universel à contenu perpétuellement changeant, ne cadrait pas avec ce que les hommes entendaient habituellement comme un but ou objectif d'une action délibérée.

Nous avons déjà vu que dans le sens usuel du mot « intention », à savoir la volonté d'utiliser un événement particulier prévisible, la loi assurément ne sert aucune intention mais d'innombrables intentions différentes d'individus distincts. Elle fournit seulement le moyen de tendre à des objectifs nombreux et divers dont l'ensemble n'est connu de personne. Au sens ordinaire du mot, la loi n'est donc pas un moyen vers un but, c'est simplement une condition de la poursuite efficace de la plupart des objectifs. De tous les instruments polyvalents, elle est probablement, après le langage, celui qui sert la plus grande variété de buts humains. Le droit n'a certainement pas été créé pour servir à un but formulable quelconque, il s'est au contraire développé parce qu'il rendait les gens qui s'y conformaient plus efficaces dans la poursuite de leurs propres objectifs.

Bien que les gens se rendent d'habitude assez bien compte qu'en un certain sens les règles du droit sont nécessaires pour maintenir l' « ordre », ils ont tendance à identifier cet ordre avec l'obéissance aux lois, et ne se rendent pas compte que les règles assurent un ordre d'une autre façon, à savoir en réalisant une certaine concordance entre les actions de personnes différentes.

Ces deux conceptions différentes de « l'intention » de la loi se

manifestent clairement dans l'histoire de la philosophie du droit. Depuis l'insistance d'Emmanuel Kant à souligner le caractère « non finalisé » des règles de juste conduite[26] jusqu'aux Utilitariens, de Bentham à Ihering, pour qui l'intention est le caractère central de la loi, l'ambiguïté du concept d'intention a été une source constante de confusion. Si « l'intention » se rapporte à des résultats concrets prévisibles d'actions particulières, l'utilitarisme particularisant de Bentham est certainement erroné. Mais si nous englobons dans « l'intention » le fait de tendre à des situations qui contribueront à dégager un ordre abstrait, dont les contenus particuliers sont imprévisibles, alors Kant n'a raison de soutenir la non-intentionalité de la loi que pour autant qu'il s'agisse de l'application de la loi à un cas particulier, mais il a tort s'il s'agit du système dans son ensemble. D'une telle confusion, l'insistance de David Hume sur la fonction du système juridique dans son ensemble, indépendamment de tous les effets particuliers qui en découlent, devrait avoir protégé les écrivains postérieurs. L'intuition centrale est entièrement contenue dans cette insistance de Hume sur le fait que

> « le bienfait... découle de l'ensemble de la structure ou système... uniquement par l'observation de la règle générale... sans prendre en considération... aucune conséquence particulière qui peut advenir en raison de la formulation de ces lois, quel que soit le cas particulier qui se présente »[27].

Lorsque l'on a clairement reconnu que l'ordre des activités est objectivement un état de choses distinct des règles qui contribuent à sa formation, et alors seulement, l'on peut comprendre qu'*un tel ordre abstrait peut être la raison d'être des règles de conduite*. Comprendre cette relation est donc la condition nécessaire pour comprendre ce qu'est le droit. Mais la tâche d'expliquer cette relation causale a été laissée, à l'époque contemporaine, à une discipline qui est devenue entièrement distincte de l'étude du droit et aussi peu comprise des légistes que le droit l'est des étudiants de science économique. La démonstration par les économistes du fait que le marché engendre un ordre spontané a été regardée, par la plupart des juristes, avec méfiance et presque comme un mythe. Alors que son existence est aujourd'hui reconnue par les économistes socialistes aussi bien que par tous les autres, la résistance habituelle des rationalistes constructivistes à admettre la réalité d'un tel ordre aveugle encore la

majorité des personnes qui ne sont pas des économistes de profession, les empêchant de comprendre la notion fondamentale qui seule éclaire la relation entre le droit et l'ordre des activités humaines. Si l'on n'a pas compris — et peu de juristes en sont capables — ce qu'est la « main invisible » dont se gaussent encore les railleurs, la fonction des règles de juste conduite est en réalité incompréhensible. Heureusement, cette lumière n'est pas nécessaire pour les tâches quotidiennes de chacun. Ce n'est que pour la philosophie du droit, dans la mesure où elle guide la fonction judiciaire et la législation, que le manque d'une telle compréhension de la fonction de la loi revêt de l'importance. Il en est souvent résulté qu'on a pris la loi pour un instrument d'organisation en vue d'objectifs particuliers : cette interprétation n'est pourtant valable qu'en ce qui concerne une seule branche du droit, à savoir le droit public, mais elle est totalement inappropriée en ce qui concerne le *nomos*, le droit privé*. Et la prépondérance de cette interprétation est devenue l'une des sources principales de la transformation graduelle de l'ordre spontané d'une société libre en l'organisation d'un ordre totalitaire.

Cette situation déplorable n'a en aucune façon reçu un remède de l'alliance moderne entre le droit et la sociologie, cette dernière étant devenue, au rebours de l'économie, très en faveur auprès de certains juristes. Car l'effet de l'alliance a été d'orienter l'attention du juriste sur l'effet spécifique de certaines mesures particulières, au détriment de la connexion entre les règles du droit et l'ordre général. Ce n'est pas dans les branches descriptives de la sociologie, mais seulement dans la théorie de l'ordre d'ensemble de la société, qu'une intelligence des relations entre la loi et l'ordre social peut être obtenue. Et comme les juristes paraissent avoir compris la science comme une connaissance cumulée de faits particuliers, au lieu d'y voir une compréhension de l'ordre global de la société, les plaidoyers sans cesse répétés en faveur de la coopération entre le droit et les sciences sociales n'ont jusqu'à présent guère porté de fruits. Alors qu'il est assez aisé de glaner dans les études descriptives de la sociologie quelque connaissance de faits particuliers, la compréhension de cet ordre général que servent les règles de juste conduite suppose

* Dans le texte : *lawyer's law*, le droit des tribunaux, coutumier et jurisprudentiel. L'on retrouve ce sens dans l'ancienne expression française caractérisant la fonction du juge comme étant de « *dire le droit* entre les parties ». *(N.d.T.)*

que l'on se soit familiarisé avec une théorie complexe qui ne peut s'apprendre en un jour. La science sociale comprise comme un corps de généralisations inductives, tirées de l'observation de groupes limités — telle que l'entreprend le plus souvent la sociologie empirique — a vraiment peu de chose à apporter à l'intelligence de la fonction du droit.

Ce n'est pas à dire que l'ordre global de la société que servent les lois de juste conduite soit exclusivement une affaire d'économie. Mais jusqu'à présent, seule l'économie a développé une technique théorique adéquate pour l'étude de tels ordres abstraits spontanés, technique qui commence à peine aujourd'hui d'être appliquée à des ordres autres que le marché. L'ordre de marché est probablement aussi le seul ordre global qui s'étende sur le champ entier de la société humaine. De toute façon, c'est le seul que nous puissions examiner à fond dans ce livre-ci.

L'explicitation du droit et la prévisibilité des décisions judiciaires

L'ordre dont on attend le maintien par le juge n'est donc pas un état de choses particulier, mais la régularité d'un processus qui repose sur la protection de certaines des anticipations des personnes qui agissent, contre le trouble apporté par d'autres. On attendra de lui qu'il décide de telle manière que cela corresponde en général à ce que les gens regardent comme juste, mais il pourra parfois devoir décider que ce qui semble juste au premier abord ne l'est pas réellement, parce que cela constituerait un déni d'expectations légitimes. Dans une telle situation le juge devra tirer ses conclusions non pas exclusivement des prémisses posées, mais d'une sorte de « logique de situation », fondée sur les exigences d'un ordre existant des activités qui est, en même temps, le résultat non préconçu et le fondement logique des règles qu'il est tenu d'observer en tant que règles établies. Etant donné que le point de départ du juge sera de constater les anticipations que les parties ont formées sur la base des règles existantes, il lui faudra souvent désigner, entre des perspectives qui se contrarient bien qu'elles aient été formées de bonne foi et basées sur les règles connues, celle qui doit être tenue pour légitime. L'expérience montre souvent que, dans des situations nouvelles, des règles

qui sont passées dans l'usage induisent les gens à former des anticipations aboutissant à un conflit. Pourtant, bien que dans de telles situations le juge n'ait aucune règle connue pour le guider, il ne lui sera pas loisible de décider à sa guise. Si la décision ne peut pas être logiquement déduite de règles reconnues, elle doit quand même être compatible avec le corps des règles existantes et servir le même ordre d'actions que ces règles. Si le juge constate qu'une règle sur laquelle comptait un plaideur est fausse, alors même qu'elle est largement admise et pourrait même être universellement approuvée si on la formulait, ce sera parce qu'il découvre qu'en certaines circonstances cette règle contredit des anticipations appuyées par d'autres règles. « Nous pensions que cette règle était une règle juste; mais maintenant elle s'avère injuste », est là une déclaration sensée décrivant une expérience dans laquelle il devient visible que notre conception de la justice ou de l'injustice d'une règle n'est pas simplement affaire « d'opinion » ou de « sentiment », mais qu'elle dépend des exigences d'un ordre existant auquel nous devons être loyaux — un ordre qui dans des situations nouvelles ne peut être maintenu que si les règles anciennes sont modifiées, ou une règle nouvelle ajoutée. La raison pour laquelle, dans une telle situation, l'une ou l'autre règle invoquée par les plaideurs, voire les deux règles devront être modifiées ne sera pas que leur application au litige causerait un grand dommage, ou que quelque autre conséquence serait indésirable en l'occurrence; cette raison est que les règles se sont révélées insuffisantes pour prévenir les conflits.

Si le juge était ici prisonnier de l'obligation de ne choisir que des décisions qui puissent être logiquement déduites du corps de règles déjà formulées, il lui serait souvent impossible de trancher une affaire d'une manière adéquate à la fonction que remplit l'entier système de règles. Cela jette une lumière importante sur une question très discutée, qui est de savoir si, comme on le suppose, le droit est plus certain dans un système où toutes les règles juridiques ont été couchées par écrit ou codifiées, et dans lequel le juge est astreint à appliquer les seules règles qui ont reçu la forme de lois promulguées. Tout le mouvement de codification a été guidé par cette opinion, que l'on accroît ainsi la prévisibilité des décisions judiciaires. Dans mon propre cas, même l'expérience d'une trentaine d'années dans le monde du droit coutumier n'a pas suffi pour corriger ce préjugé profondément

enraciné; il a fallu mon retour dans le climat du droit civil pour m'amener à la mettre sérieusement en question. Bien que la législation puisse assurément accroître le caractère certain du droit sur des points particuliers, je suis maintenant persuadé que cet avantage est plus que compensé si, en le reconnaissant, l'on est conduit à admettre que *seul* ce qui a été exprimé en forme de loi promulguée doit être considéré comme ayant force de loi. Il me semble que les décisions judiciaires peuvent être en réalité plus prévisibles si le juge n'est pas moins tenu par des idées généralement admises sur ce qui est juste, que lorsqu'il est cantonné, pour prendre sa décision, dans le cercle des opinions reçues qui ont trouvé une expression dans la loi écrite.

Que le juge puisse, ou doive, arriver à ses décisions exclusivement en procédant par déduction logique à partir de prémisses explicites, cela a toujours été une fiction et il ne peut en être autrement. Car dans la réalité le juge ne procède jamais de cette façon. Comme on l'a dit très justement, « l'intuition expérimentée du juge le conduit en permanence à des résultats corrects en eux-mêmes, pour lesquels il est fort embarrassé de trouver des raisons juridiques irréfutables »[28]. L'opinion inverse est un produit caractéristique du rationalisme constructiviste qui regarde toute règle comme confectionnée délibérément et donc susceptible d'une expression exhaustive. Cette opinion n'apparaît, et cela est significatif, qu'au XVIIIe siècle et dans le contexte du droit pénal[29], où dominait le légitime désir de restreindre le pouvoir du juge à l'application de ce qui était incontestablement prescrit par la loi. Mais même la formule *nulla poena sine lege* par laquelle Beccaria en exprima l'idée n'est pas nécessairement impliquée dans la souveraineté de la loi, si par « loi » l'on entend seulement les textes écrits promulgués par le législateur, et non toute règle dont le caractère obligatoire serait généralement admis si elle était exprimée par des mots. Typiquement, le droit coutumier britannique n'a jamais reconnu le principe dans la première acception[30], bien qu'il l'ait toujours accepté dans la seconde. Ici, la vieille conviction qu'une règle peut exister que tout le monde est considéré comme capable d'observer, bien qu'elle n'ait jamais été traduite par une déclaration explicite, a persisté jusqu'à nos jours comme part intégrante du droit.

Quoi que l'on puisse penser, cependant, quant à l'opportunité de lier le juge à l'application de la loi écrite en matière pénale, où le

but essentiel est de protéger l'accusé et de laisser le coupable échapper plutôt que de punir l'innocent, cela n'est guère défendable lorsque le juge doit viser à rendre une égale justice à des plaideurs. Ici, l'exigence qu'on lui impose de ne tirer ses conclusions que de la loi écrite, sauf à remplir des lacunes évidentes en faisant appel à des lois non écrites, semble devoir amoindrir la prévisibilité des décisions plutôt que l'augmenter. Il me semble que dans la plupart des cas où des décisions judiciaires ont heurté l'opinion publique et déçu les pronostics communs, ce fut parce que le juge s'était senti obligé de coller à la lettre de la loi écrite et n'avait pas osé s'écarter du syllogisme dans lequel les prémisses ne pouvaient être que des dispositions explicites de la loi écrite. La déduction logique d'un nombre limité de prémisses explicites a toujours impliqué que l'on suive la « lettre » de la loi plutôt que « l'esprit » du droit. Mais l'idée que tout le monde doit être capable de prévoir les conséquences qui découleront, dans une situation de fait à venir incertaine, de l'application de ces formulations des principes posés d'avance, cela est clairement une illusion. Il est sans doute universellement admis aujourd'hui qu'aucun code juridique ne saurait être exempt de lacunes. La conclusion à tirer de cela semblerait la suivante : non seulement le juge doit combler de telles lacunes en faisant appel à des principes non encore explicités, mais encore, même lorsque les règles qui l'ont été paraissent donner une réponse dénuée d'ambiguïté, il devrait être libre, si elles sont en conflit avec le sens général de justice, de modifier ses conclusions à la condition qu'il trouve quelque règle non écrite qui justifie cette modification et qui, une fois explicitée, recueillera probablement l'assentiment général.

A cet égard, même l'opinion de John Locke que, dans une société libre, toute loi doit être « promulguée » ou « annoncée » d'avance peut apparaître inspirée par l'idée constructiviste que toute loi doit être confectionnée délibérément. C'est une erreur, en ce que l'on suppose implicitement qu'en confinant le juge dans l'application des règles déjà explicitées nous obtiendrons une plus grande prévisibilité de ses décisions. Ce qui a été promulgué ou annoncé précédemment n'est fréquemment qu'une formulation fort imparfaite de principes que les gens sont plus capables d'observer en agissant que d'exprimer par des mots. C'est parce que l'on croit que toute loi est l'expression de la volonté d'un législateur et le produit de son invention — et

non pas une traduction de principes requis pour que fonctionne l'ordre global existant — que l'on voit dans l'annonce préalable une condition indispensable pour que la loi soit connue. En réalité, le plus probable est que peu d'initiatives de juges pour améliorer le droit ont rencontré l'approbation des autres, excepté lorsqu'ils y trouvaient exprimé ce qu'en un sens ils « savaient » déjà.

La fonction du juge a pour seul cadre un ordre spontané

La thèse soutenant que les juges, par leurs décisions sur les cas particuliers, se rapprochent graduellement d'un système de règles de conduite qui mène très efficacement à un ordre des activités, cette thèse devient plus plausible lorsqu'on remarque que c'est en fait tout simplement le même type de processus que suit toute évolution intellectuelle. Comme dans tous les autres domaines, l'on avance ici à l'intérieur d'un système de pensée et en essayant par un processus de retouches partielles, par une attitude constante de surveillance critique, de rendre l'ensemble plus cohérent à la fois de l'intérieur et par rapport aux faits auxquels s'appliquent les règles. Cette attitude de « critique immanente » est le principal instrument de l'évolution de la pensée, et l'intelligence de ce processus est le but caractéristique d'un rationalisme évolutionnaire (ou critique) par contraste avec le rationalisme constructiviste (ou naïf).

En d'autres termes, le juge sert, ou s'efforce de maintenir et d'améliorer, un ordre qui fonctionne sans que personne en ait eu le dessein, un ordre qui s'est formé de lui-même sans que l'autorité en ait eu connaissance et parfois contre son gré; qui se déploie hors de la portée de l'organisation délibérée de quiconque et qui n'est pas fondé sur l'obéissance des individus aux ordres de quelqu'un mais sur leurs anticipations parvenant à s'ajuster les unes aux autres. La raison pour laquelle le juge sera appelé à intervenir sera que les règles qui procurent cet ajustement mutuel ne sont pas toujours respectées, ou pas assez claires, ou impropres à éviter des conflits quand on leur obéit. Comme il se produit continuellement des circonstances où les règles ne seront plus adéquates, la tâche de prévenir les conflits et d'accroître la compatibilité des activités en délimitant de façon appropriée la portée des actions permises, est

forcément toujours inachevée, appelant non seulement l'application de règles déjà établies mais aussi la mise en forme de nouvelles règles nécessaires au maintien de l'ordre des activités. Dans leur effort pour résoudre de nouveaux problèmes en appliquant des « principes » qu'ils ont à distiller des attendus de décisions antérieures — et pour ainsi développer ces embryons de règles (en quoi consistent les « principes ») de telle sorte qu'elles produisent les effets désirés dans les nouvelles situations —, ni les juges ni les plaideurs n'ont besoin de savoir quoi que ce soit de la nature de l'ordre global résultant, ni de « l'intérêt de la société » relativement à ces règles, si ce n'est que les règles ont pour but d'aider les individus à former efficacement leurs anticipations dans une gamme très étendue d'éventualités.

Ainsi les efforts du juge sont une partie du processus d'adaptation de la société aux circonstances, processus par lequel se développe l'ordre spontané. Il participe au processus de sélection en donnant force exécutoire à celles des règles qui, comme celles qui ont fait leurs preuves dans le passé, rendent plus probable l'ajustement des anticipations et moins probable leur conflit. Le juge devient ainsi un organe de cet ordre. Mais même lorsque, dans l'exercice de sa fonction, il crée des règles nouvelles, il n'est pas créateur d'un nouvel ordre : il est le serviteur de l'ordre existant, chargé de le maintenir et d'en améliorer le fonctionnement. Le résultat de ses efforts sera un cas typique de ces « produits de l'activité des hommes mais non de leur dessein », où l'expérience acquise par les observations des générations incorpore plus de connaissances que n'en possède aucun individu.

Le juge peut se tromper, il peut ne pas parvenir à trouver ce que requiert la logique de l'ordre existant, il peut aussi être égaré par sa préférence pour telle ou telle solution du cas pendant; mais tout cela ne change rien à sa situation : il doit résoudre un problème pour lequel il n'existe, dans la plupart des cas, qu'une seule solution véritable, et dans cette tâche ni sa « volonté » ni sa réaction émotionnelle n'ont à intervenir. Si ce sera bien souvent une « intuition » plutôt qu'un raisonnement systématique qui le conduira à la bonne solution, cela ne veut pas dire que les facteurs décisifs dans la détermination du résultat sont plus sentimentaux que rationnels; il est dans une situation analogue à celle du savant qui, lui aussi, est norma-

lement guidé par une intuition vers une hypothèse qu'il s'efforcera ensuite de vérifier. Comme la grande majorité des tâches intellectuelles, celle du juge ne consiste pas à déduire logiquement la conséquence d'un nombre limité de prémisses, elle consiste à tester des hypothèses auxquelles il est arrivé par des processus qui n'ont été qu'en partie conscients. Mais bien qu'il puisse ignorer ce qui l'a d'abord poussé à penser qu'une certaine décision était bonne, il doit s'en tenir à sa décision seulement s'il peut la défendre rationnellement contre toutes les objections qu'on peut lui opposer.

Si le juge doit être fidèle à maintenir et améliorer un ordre des activités qui fonctionne, et s'il doit chercher ses critères dans cet ordre même, cela n'implique cependant pas que sa mission soit de préserver un *statu quo* quelconque dans les relations entre des personnes déterminées. C'est au contraire l'un des attributs essentiels de l'ordre qu'il sert que de ne pouvoir être maintenu autrement que par des changements incessants des détails; et le juge ne doit s'attacher qu'à ces relations abstraites qui doivent être maintenues alors que les situations particulières se transforment. Un tel système de relations abstraites n'est pas un réseau immuable reliant des éléments particuliers, c'est un filet qui englobe un contenu continuellement changeant. Bien qu'aux yeux du juge une position acquise constitue souvent une présomption de bon droit, sa mission est tout autant d'aider au changement que de préserver des situations existantes. Ce qui doit l'occuper, c'est un ordre dynamique dont le maintien exige le changement permanent dans les positions des personnes prises individuellement.

Mais bien que le juge ne soit pas tenu de protéger un quelconque *statu quo*, il l'est de maintenir les principes sur lesquels est fondé l'ordre existant. Sa mission est d'une nature qui n'a de sens qu'au sein d'un ordre spontané et abstrait des activités tel qu'en produit le marché. Il doit ainsi être conservateur en ce sens seulement qu'il ne peut pas être au service d'un ordre déterminé par les objectifs particuliers de l'autorité et non par des règles de conduite individuelle. Un juge ne peut pas veiller aux intérêts et besoins de personnes ou de groupes particuliers, ni à la « raison d'Etat » ou à la « volonté du gouvernement », ni à aucun des résultats particuliers que l'on peut espérer obtenir d'un ordre d'activité. Au sein d'une organisation où les actions individuelles doivent être évaluées d'après leur utilité en

vue des objectifs particuliers visés par l'organisation, le juge n'a aucune place. Dans un ordre tel que celui du socialisme, dans lequel toute règle gouvernant les activités individuelles est subordonnée à des résultats préconçus, de telles règles ne relèvent pas de la justice parce qu'elles pèseront les intérêts affectés selon leur importance. Le socialisme est d'ailleurs largement une révolte contre la justice impartiale, qui ne considère que la conformité des actions individuelles à des règles qui ne visent point d'objectif, une justice qui ne tient pas compte des effets de l'application des règles sur la situation des intéressés. Ainsi, ce serait une contradiction dans les termes que de parler d'un juge socialiste; car ses convictions doivent le détourner de n'appliquer que des principes généraux qui sous-tendent un ordre spontané des activités, et le conduire à prendre en compte des considérations étrangères à la conformité aux règles de juste conduite individuelle. Un juge peut, naturellement, être socialiste en tant qu'homme privé, et garder ses idées socialistes à l'écart des considérations formant ses décisions. Mais il ne pourrait pas agir en juge sur des principes socialistes. Nous verrons ailleurs que ce fait a longtemps été masqué par la croyance qu'au lieu de décider sur les principes de juste conduite individuelle il pourrait se guider sur ce qu'on appelle « justice sociale », expression qui désigne précisément le fait de viser des résultats particuliers envers certains individus ou groupes, chose impossible à l'intérieur d'un ordre spontané.

Les attaques socialistes contre le droit de propriété privée ont engendré une croyance très répandue : celle que l'ordre que les juges ont à maintenir dans ce régime est un ordre au service d'intérêts personnels. Mais le système de la propriété pluraliste n'a pas pour justification l'intérêt des détenteurs de propriété. Il sert aussi bien les intérêts de ceux qui à un moment donné n'ont pas de propriété que de ceux qui en ont : car le développement de l'ordre global d'activités dont dépend la civilisation moderne n'a été rendu possible que par l'institution de la propriété.

La difficulté qu'éprouvent bien des gens à concevoir qu'un juge serve un ordre existant mais toujours abstrait et imparfait, ordre qui n'a pas pour but de servir des intérêts particuliers, cette difficulté s'aplanit lorsque nous considérons que seuls ces caractères d'abstraction de l'ordre fournissent un point d'appui aux décisions des individus concernant des situations futures incertaines et, par conséquent,

peuvent seuls engendrer un ordre permanent; donc ces caractères abstraits de l'ordre des activités constituent seuls véritablement un *intérêt commun* pour les membres de la société au sens large, lesquels ne poursuivent ensemble aucun objectif particulier mais désirent simplement des moyens appropriés à la poursuite de leurs objectifs individuels respectifs. Ce dont le juge peut se soucier en élaborant du droit n'est ainsi rien d'autre qu'une amélioration de ces aspects abstraits et permanents d'un ordre des activités qui lui est donné et qui se maintient au travers des changements dans les relations entre les particuliers, tandis que certaines relations entre ces relations elles-mêmes (autrement dit des relations d'un degré plus élevé) restent inchangées. Dans un tel contexte, les termes « abstrait » et « permanent » sont plus ou moins équivalents, puisque dans la perspective à long terme que le juge doit prendre il ne doit tenir compte que de l'effet des règles qu'il pose sur un nombre inconnu de situations futures qui pourront se présenter à un moment ou à un autre.

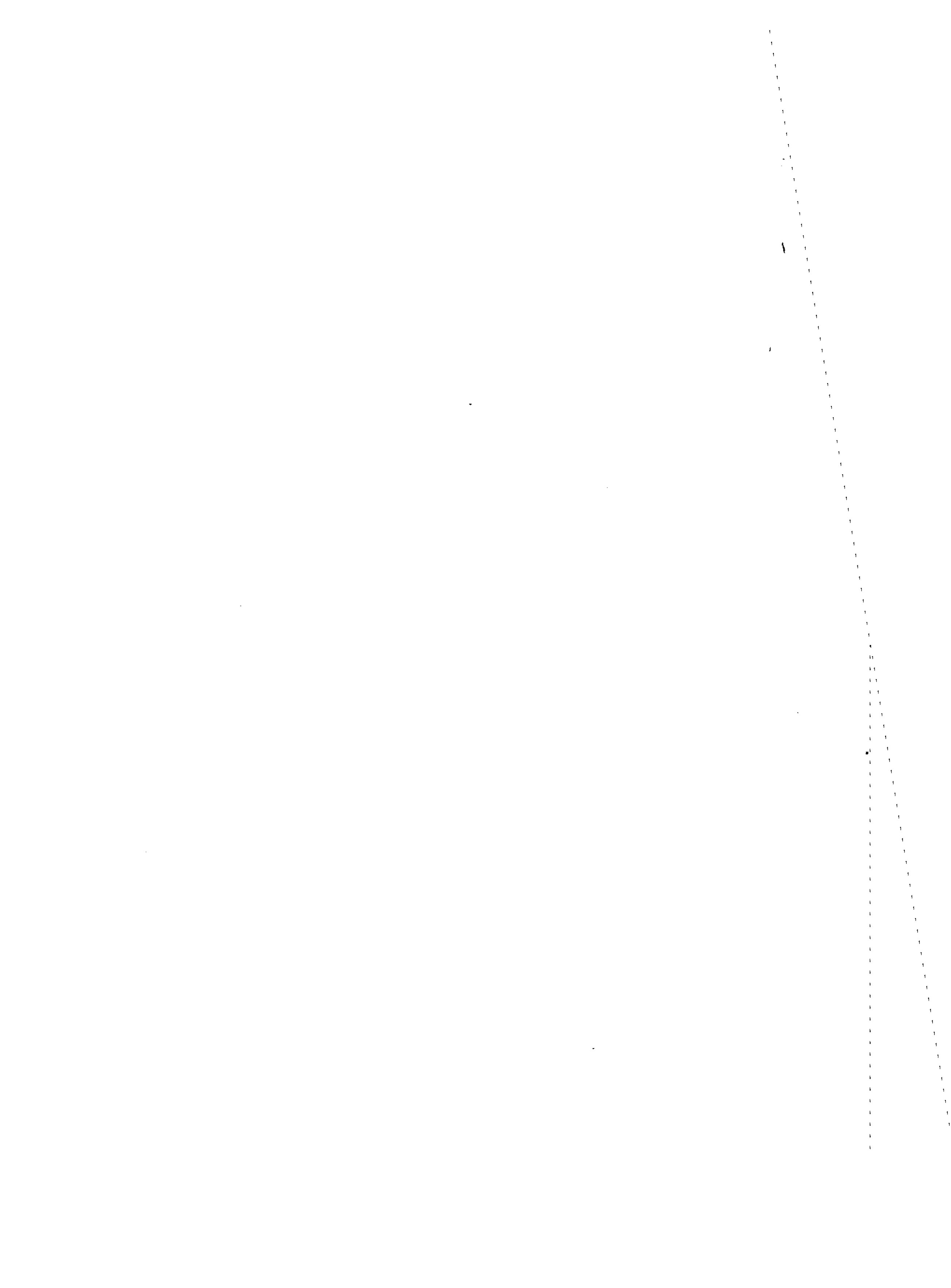
Conclusions

Nous pourrions résumer les résultats de ce chapitre par la description ci-après des propriétés que doit nécessairement posséder le droit tel qu'il émerge du processus judiciaire : il sera composé de règles concernant la conduite des personnes envers autrui, règles applicables à un nombre indéterminé de cas à venir, et contenant des prohibitions délimitant le contour du domaine protégé de chaque personne (ou groupe de personnes). Chaque règle de ce type sera, dans l'intention au moins, perpétuelle bien que sujette à révision à la lumière d'une meilleure compréhension de ses effets mutuels avec les autres règles; et elle ne sera valable que comme partie d'un système de règles qui s'infléchissent mutuellement. Ces règles ne produiront leur effet désiré, qui est d'engendrer un ordre abstrait des activités, qu'à la condition de recevoir une application générale, tandis que l'application de ces règles à un cas particulier ne peut être dite avoir un but spécifique, distinct du but du système de règles dans son ensemble.

La façon dont ce système de règles de juste conduite est développé par l'application systématique d'un critère négatif de justice, et par l'élimination ou la modification des règles qui ne répondent pas à ce critère, devra faire l'objet de notre examen au chapitre 8, volume 2.

Notre prochain travail, toutefois, sera d'examiner ce que ces règles de juste conduite *ne peuvent pas* réaliser, et à quels égards elles se différencient des règles qu'exigent les objectifs d'une organisation. Nous verrons que les règles de cette seconde catégorie doivent être délibérément posées par une législature en vue de l'organisation du gouvernement; qu'elles constituent la principale tâche des législatures existantes; et qu'elles ne peuvent être circonscrites, de par leur nature même, selon les considérations qui orientent et bornent le pouvoir du juge élaborant du droit.

En dernière analyse, la différence entre les règles de juste conduite qui se dégagent du processus judiciaire, le *nomos* ou droit de la liberté tel que nous l'avons examiné dans le présent chapitre d'une part et, d'autre part, les règles d'organisation posées par l'autorité, que nous aurons à étudier dans le chapitre suivant, réside dans le fait que les premières dérivent des conditions d'un ordre spontané que l'homme n'a pas créé, tandis que les secondes servent à édifier délibérément une organisation ayant des objectifs déterminés. Les premières sont *découvertes*, soit dans le sens qu'elles expriment simplement des pratiques déjà observées, soit dans le sens qu'elles s'avèrent le complément nécessaire de règles déjà établies si l'on veut que l'ordre qui repose sur les règles existantes fonctionne sans heurts et efficacement. On ne les aurait jamais découvertes si l'existence d'un ordre spontané des activités n'avait placé les juges devant la tâche qui leur est propre; c'est pourquoi l'on peut à bon droit les considérer comme existant indépendamment d'une volonté humaine spéciale, tandis que les règles d'une organisation créée pour des objectifs particuliers seront des inventions arbitrairement combinées par l'esprit de celui qui organise.



6

« THESIS » : LA LOI DU LÉGISLATEUR

« Le juge s'occupe de critères de cohérence, d'équivalence, de prévisibilité ; le législateur s'occupe de iustes parts, d'utilité sociale et de distribution équitable » (Paul A. Freund*).

La législation est née de la nécessité d'établir des règles d'organisation

Bien que dans la théorie politique la confection des lois ait été traditionnellement représentée comme la principale fonction des assemblées législatives, ni l'origine de ces dernières ni leur préoccupation primordiale n'ont eu grand-chose à voir avec ce que nous avons appelé le droit ou *la loi*, au sens strict qui nous a occupés au chapitre précédent. Cela est particulièrement vrai de la Mère des Parlements : la législature anglaise a pris corps dans un pays où, plus longtemps que partout ailleurs, les règles de juste conduite, le droit coutumier furent considérés comme existant indépendamment de l'autorité politique. Aussi tard que le XVIIe siècle, la question pouvait encore être soulevée de savoir si le Parlement pouvait faire une loi qui ne fût pas en accord avec la *Common law*[1]. Le souci majeur de ce que nous appelons les assemblées législatives a toujours été de contrôler et régler le gouvernement[2], c'est-à-dire la façon dont est dirigée une organisation — qui n'était chargée que de veiller à ce que les règles de juste conduite fussent respectées parmi d'autres fonctions.

Comme nous l'avons vu, les règles de juste conduite n'avaient pas nécessité une création délibérée bien que les hommes aient appris peu à peu à les améliorer ou à les changer délibérément. Le gouvernement, au contraire, est un appareil délibérément conçu; toutefois, dès qu'il dépasse ses formes les plus simples et primitives, il ne peut

non plus être dirigé exclusivement par les ordres *ad hoc* du gouvernant. A mesure que l'organisation édifiée par celui-ci pour préserver la paix et contenir les ennemis extérieurs, puis pour fournir en outre d'autres services de plus en plus nombreux, devient de plus en plus distincte de la société plus large qui englobe toutes les activités privées des citoyens, cette organisation de gouvernement va avoir besoin de règles distinctes qui lui seront propres et qui définiront sa structure, ses buts et ses fonctions. Néanmoins ces règles qui régissent l'appareil de gouvernement ont nécessairement des caractères différents de ceux des règles universelles de juste conduite qui forment l'assise de l'ordre spontané de la société au sens large. Ce seront des règles d'organisation, élaborées en vue d'objectifs spéciaux, pour suppléer des ordres spécifiques de faire telle chose ou d'obtenir tel résultat, ou encore de constituer dans ces buts-là les divers organismes à travers lesquels le gouvernement opère. Ces règles seront subsidiaires par rapport aux commandements indiquant spécifiquement aux organes d'exécution les buts à atteindre et les tâches à remplir. L'application de ces règles à tel cas particulier sera conditionnée par la tâche particulière confiée et par les objectifs momentanément poursuivis par les gouvernants. Enfin, elles devront instaurer une hiérarchie de commandement, établissant les responsabilités et l'étendue du champ de décision des divers agents.

Tout cela resterait vrai même d'une organisation qui n'aurait aucune autre tâche que de sanctionner des règles de juste conduite. Même dans une telle organisation, où les règles de juste conduite à faire respecter seraient tenues pour des données hors de discussion, il faudrait un ensemble distinct de règles régissant son fonctionnement. Les lois sur la procédure et celles fixant la structure des tribunaux sont, en ce sens, des statuts d'organisation et non des règles de juste conduite. Bien que ces dispositions impératives tendent aussi à assurer la justice, et bien qu'elles aient pu — dans les premières phases de l'élaboration d'un droit « à découvrir », voire plus anciennement encore — être plus importantes pour l'établissement de la justice que ne l'étaient alors les règles de juste conduite déjà explicitées, les unes et les autres sont logiquement d'une nature différente.

Il est assurément malaisé parfois de distinguer, dans l'organisation de la justice, les règles définissant les conduites justes, des règles gouvernant la façon d'imposer le respect de ces justes conduites;

car, en fait, l'on peut dire que les règles de juste conduite seront celles que l'on dégagera en respectant certaines procédures exclusives. Mais en ce qui concerne les autres services qui ont été graduellement assumés par l'appareil de gouvernement, il est clair que ces activités seront régies par des règles d'une autre sorte, à savoir : des règles qui définissent et délimitent les pouvoirs des agents du gouvernement sur les ressources matérielles et en personnel à eux confiées, mais qui ne leur donnent pas forcément un pouvoir sur le citoyen privé.

Même un chef absolu ne pourrait pas se passer de poser certaines règles générales portant sur les questions mineures. Mais normalement l'étendue des pouvoirs d'un dirigeant n'a jamais été illimitée : elle dépendait en fait de l'opinion prédominante concernant le contenu de ses droits. Etant donné que le droit qu'il avait pour mission de faire appliquer était regardé comme donné une fois pour toutes, c'était surtout à propos de l'étendue et de l'exercice de ses autres attributions qu'il éprouvait le besoin de s'assurer le consentement et le concours des institutions représentant les citoyens.

Ainsi, même lorsque le *nomos* était regardé comme donné et plus ou moins immuable, le gouvernant avait souvent besoin d'être autorisé à prendre des *mesures* pour lequelles il lui fallait la collaboration de ses sujets. La plus importante de ces mesures étant d'ordinaire la levée des impôts, ce fut la nécessité d'obtenir le consentement à l'impôt qui provoqua l'apparition des institutions parlementaires[8]. Les corps représentatifs convoqués à cette fin furent donc, dès le début, plus concernés par des questions de gouvernement que par l'élaboration de lois au sens étroit du droit privé; néanmoins, ils pouvaient aussi être appelés à attester que telle ou telle règle de juste conduite était coutume établie. Mais étant donné que l'administration de la justice était considérée comme la tâche primordiale du gouvernement, il était naturel que toutes les règles et dispositions impératives régissant ses activités finissent par être désignées par le même mot. Cette tendance fut probablement appuyée par le désir des gouvernements de conférer à leurs règles d'organisation la même dignité et le même prestige qui étaient reconnus au droit et à ses lois.

Lois et actes législatifs :
sanction du droit et exécution des commandements

Il n'existe pas en anglais de mot qui distingue clairement et sans équivoque les prescriptions diverses qui ont été formulées ou « posées », ou « établies » par une autorité, des règles qui sont généralement acceptées sans qu'on ait conscience de leur origine. Parfois nous pouvons parler d'un *enactment** tandis que le terme plus courant de *statute* est réservé d'ordinaire aux décisions qui contiennent des règles plus ou moins générales[4]. Lorsque nous aurons besoin d'un seul mot précis, nous emploierons occasionnellement le mot grec *thesis* pour désigner cette règle de droit « édictée ».

Parce que l'activité principale des législatures a toujours été de diriger le gouvernement, il a été généralement vrai que « pour le droit du juge le Parlement n'a ni temps ni goût »[5]. Cela n'aurait pas eu grande importance si la seule conséquence avait été que le droit privé se trouvât négligé par les législatures et son élaboration laissée aux tribunaux. Seulement, il advint souvent que le droit des juristes fut changé incidemment, et même par inadvertance, au cours de décisions sur des mesures de gouvernement et, par là même, mis au service de fins particulières. Toute décision de la législature qui touche à des matières réglées par le *nomos* sera, au moins dans le cas considéré, une altération supplantant la loi existante. En tant qu'institution de gouvernement, la législature n'est tenue par aucune loi, et ce qu'elle dit concernant des affaires spécifiques a la même force exécutoire qu'une règle générale; sa décision fera prime sur n'importe quelle loi existante.

La grande majorité des résolutions adoptées par des assemblées représentatives ne posent évidemment pas des règles de juste conduite, mais sont des directives pour des mesures de gouvernement. Il en a été probablement ainsi de tout temps[6]. L'on pouvait dire de la

* Du fait de l'équilibrage différent des pouvoirs entre Parlement et Gouvernement, il serait vain de chercher l'équivalent français des termes *enactment* et *statute*. Tout au plus peut-on rapprocher, comme expressions larges, *enactment* et actes législatifs. Nos décrets et arrêtés ministériels prennent souvent, outre-Manche, la forme de *statutes*. Notre I[re] République faisait afficher les « Loix et Actes de la Puissance publique » évoquant de la sorte la source commune des fonctions législative et exécutive. *(N.d.T.)*

législation britannique en 1901 : « Les neuf dixièmes de chaque volume annuel des actes législatifs sont consacrés à ce qu'on pourrait appeler du droit administratif; et l'analyse du contenu du *Recueil général des Actes* pendant les quatre derniers siècles montrerait vraisemblablement la même proportion »[7].

La différence de signification entre le mot « loi » lorsqu'il s'agit du *nomos* et lorsqu'on l'emploie pour toutes les autres *theseis* issues de l'activité légiférante apparaît clairement quand on examine à quel point le mode d'application de la « loi » est différent dans les deux cas. Une règle de conduite ne peut être « exécutée » ou « accomplie » comme on exécute un ordre ou accomplit une tâche. On peut lui obéir ou la faire respecter; mais une règle de conduite limite simplement le champ des actions licites et, d'ordinaire, n'assigne pas une action définie; ce qu'elle prescrit n'est jamais terminé, cela demeure une obligation permanente pour tous. Chaque fois que nous parlons de « mettre à exécution » une décision de la législature qui a « force de loi », il ne s'agit pas d'un *nomos* mais d'une *thesis* commandant à quelqu'un de faire quelque chose. Par conséquent, le « législateur » dont les décisions sont exécutoires en vertu de la loi se trouve dans une situation fort différente, vis-à-vis de ceux qui doivent « exécuter », de la situation du « législateur » qui prescrit des règles de juste conduite vis-à-vis de ceux qui devront les respecter. La première sorte de règles n'obligera que les membres de l'organisation que nous appelons gouvernement, tandis que la seconde restreindra le champ des actions licites pour tous les membres de la société quels qu'ils soient. Le juge qui applique la loi et en déclenche les « voies d'exécution » n'est en rien assimilable au fonctionnaire qui met une mesure en application, ni aux représentants de la force publique qui doivent faire exécuter le jugement.

Lorsqu'une législature anglo-saxonne adopte un *statute (thesis)*, sa décision *peut* avoir tous les caractères d'un *nomos*, et elle les aura probablement si elle est délibérément mise en forme de *nomos*. Mais cela n'a rien d'automatique et, dans la plupart des cas où l'on doit faire intervenir la législature, la décision ne peut pas avoir ce caractère. Dans le présent chapitre nous examinerons seulement le contenu des actes législatifs *(enactments, theseis)*, qui ne sont pas des règles de juste conduite. Comme les théoriciens du droit positif l'ont toujours souligné, il n'y a assurément aucune limite à ce qui peut être mis

dans une décision en forme de loi. Mais bien que ce genre de « loi » soit obligatoire pour ceux à qui elle s'adresse, elle n'en devient pas pour autant une « loi » au sens de règle de juste conduite.

La législation et la théorie de la séparation des pouvoirs

La confusion découlant de cette ambiguïté du mot « loi » se voit déjà dans la plus ancienne discussion du principe de séparation des pouvoirs. Lorsque dans ces discussions l'on parle de « législation », il semble d'abord que le mot signifie exclusivement la mise en forme de règles universelles de juste conduite. Mais de telles règles de juste conduite ne sont manifestement pas « exécutées » par le pouvoir exécutif, elles sont appliquées par les tribunaux aux litiges particuliers que l'on porte devant eux; ce que l'exécutif devra exécuter, ce sont les décisions des tribunaux. C'est seulement lorsqu'on évoque des dispositions impératives ayant « force de loi » au second sens, à savoir des actes législatifs qui n'établissent pas des règles de juste conduite mais donnent des directives au gouvernement, que l' « exécutif » devra faire en sorte que ce que la législature a décidé soit mis à exécution. Il ne s'agit pas alors de l'exécution d'une règle (ce qui n'a pas de sens) mais de l'exécution de directives émanant de la « législature ».

Le terme « législature » est, historiquement, étroitement associé à la théorie de la séparation des pouvoirs et, en fait, l'expression n'est devenue courante qu'aux environs du moment où cette théorie a d'abord été conçue. L'on rencontre encore souvent exprimée l'idée que la théorie est née d'une erreur d'interprétation, commise par Montesquieu, quant à la Constitution de la Grande-Bretagne de son temps; cette idée n'est certainement pas correcte. Bien qu'il soit vrai que la Constitution réelle, en Angleterre à cette époque, ne se conformait pas à un tel principe, il ne peut être douteux qu'il dominait alors l'opinion politique anglaise[8] et qu'il avait graduellement conquis les esprits dans les grands débats du siècle précédent. Ce qui importe pour notre propos est que même dans ces discussions du XVII[e] siècle, l'on avait clairement compris que concevoir la législation comme une activité distincte présuppose une définition indépendante de ce qu'il faut entendre par loi; et que le terme de législation serait vidé de sens si tout ce que décide une législature devait être

appelé loi. L'idée qui se dégagea de plus en plus clairement fut que « non seulement la loi doit être formulée en termes généraux, mais en outre la législature doit se borner à la rédaction de la loi et ne pas s'immiscer dans les cas particuliers »[9]. Dans le *First Agreement of the People* de 1647, il fut expressément stipulé que « dans toute loi faite ou à faire, chaque personne sera tenue de la même façon, et que nulle tenure, état, caractère, degré, naissance ou position ne confère d'exemption à l'égard du cours ordinaire de procédure auquel les autres sont soumis »[10]. Et dans une « apologie officielle » de l'*Instrument of Government* de 1653, la séparation des pouvoirs est représentée comme « le grand secret de la liberté et du bon gouvernement »[11]. Bien qu'aucune des tentatives faites au XVIIe siècle pour concrétiser cette conception dans un gouvernement constitutionnel n'ait été couronnée de succès, elle devint de plus en plus admise, et l'opinion de John Locke était clairement que « l'autorité législative doit agir d'*une façon particulière*... (et) ceux qui détiennent cette autorité devraient ne faire que des règles générales. Ils auront à gouverner d'après des lois établies et promulguées, qui ne varieront pas dans des cas particuliers »[12]. Cela devint l'idée reçue en Angleterre au XVIIIe siècle, et c'est de là que Montesquieu tira sa description de la Constitution britannique. Cette conviction ne fut ébranlée qu'au XIXe siècle lorsque les conceptions des philosophes radicaux, et particulièrement de Bentham réclamant pour la législature l'omnicompétence[13], amenèrent James Mill à remplacer l'idéal du gouvernement soumis à la loi par l'idéal d'un gouvernement contrôlé par une assemblée populaire, libre de prendre n'importe quelle décision que cette assemblée approuverait[14].

Les fonctions gouvernementales des assemblées représentatives

Si nous ne voulons pas nous laisser égarer par le terme de « législature », nous devrons donc nous rappeler qu'il n'est guère qu'une sorte de titre de courtoisie conféré aux assemblées qui avaient été primitivement formées pour être des instruments de *gouvernement* représentatif. Les législatures modernes dérivent évidemment d'organismes qui existaient avant que la confection délibérée de règles de juste conduite fût imaginée possible; et cette dernière tâche ne fut que plus tard confiée à des assemblées habituellement vouées à des

missions fort différentes. Le nom même de « législature » n'apparaît en fait jamais avant le milieu du XVIIe siècle et il semble douteux qu'il fût alors appliqué aux « corps constitués » (pour employer le terme pratique dont se sert R. A. Palmer[15]) alors existants, par l'effet de quelque idée vaguement perçue de la séparation des pouvoirs ou, pour mieux dire, dans un futile effort pour cantonner dans la confection de lois générales des organismes prétendant au contrôle sur le gouvernement. Quoi qu'il en soit, ils n'y ont jamais été cantonnés, et « législature » devint simplement une appellation des assemblées représentatives principalement préoccupées de donner des directives au gouvernement ou d'exercer sur lui un contrôle.

Les rares tentatives qui furent faites pour restreindre ces « législatures » à la confection des lois au sens strict étaient vouées à l'échec parce qu'elles constituaient un essai de limitation des corps représentatifs qui seuls existaient alors, à la mission de formuler des règles générales, en les privant du droit de regard sur la plupart des activités de gouvernement. Une bonne illustration de ce genre d'opération est fournie par une déclaration attribuée à Napoléon Ier, qui aurait expliqué que[16] :

> « Personne ne peut avoir plus que moi un grand respect du pouvoir législatif; mais législation ne peut pas dire finance, critique de l'administration, ou 99 % des affaires dont s'occupe en Angleterre le Parlement. La législature devrait *légiférer*, c'est-à-dire construire de bonnes lois sur les principes scientifiques de la jurisprudence, mais elle doit respecter l'indépendance de l'exécutif, comme elle désire que soit respectée sa propre indépendance. »

C'est là manifestement une façon de voir la fonction des législatures qui correspond à la conception de Montesquieu sur la séparation des pouvoirs; et cela aurait bien arrangé les affaires de Napoléon parce que ainsi les pouvoirs de la seule représentation populaire existante auraient été réduits à celui de formuler des règles générales de juste conduite, et elle n'aurait eu aucune influence sur le gouvernement. Pour la même raison, cette façon de voir en a séduit d'autres, notamment G. W. F. Hegel[17] et, plus récemment, W. Hasbach[18]. Mais la même raison la rendait inacceptable pour tous les avocats du gouvernement populaire ou démocratique. Au même moment, néanmoins, l'emploi du terme « législature » paraît leur avoir plu pour une autre raison : elle leur permettait de revendiquer pour un

organisme de nature principalement gouvernementale ce pouvoir indéfini et « souverain » qui, dans l'opinion traditionnelle, n'appartenait qu'au faiseur de loi au sens strict. C'est ainsi qu'il advint à des assemblées gouvernementales, dont les activités essentielles étaient de celles qui devaient être bornées par la loi, de pouvoir désormais ordonner tout ce qui leur plaît simplement en appelant « lois » ce qu'elles commandent de faire.

Il faut reconnaître cependant que, si l'on voulait un gouvernement populaire ou représentatif, les seuls corps représentatifs existants n'auraient pu être soumis au bornage que l'idéal de la séparation des pouvoirs imposait aux législatures proprement dites. Une telle limitation n'aurait pas nécessairement signifié que l'organisme représentatif exerçant des pouvoirs gouvernementaux dût être exempté de toute loi autre que celle fabriquée par lui-même. Elle aurait pu vouloir dire qu'en remplissant sa mission purement gouvernementale cet organisme était tenu de respecter des règles générales posées par un autre corps constitué, également représentatif ou démocratique, qui tirerait son autorité suprême de sa vocation stricte à poser des règles universelles de conduite. Aux échelons inférieurs de gouvernement, nous avons en fait de nombreuses sortes de corps représentatifs, régionaux et locaux, qui dans leurs opérations sont soumis à des règles générales auxquelles ils ne peuvent rien changer; et il n'y a pas de raison pour que cela ne puisse s'appliquer aussi au plus élevé des corps représentatifs, qui dirige le gouvernement. A la vérité, c'est seulement ainsi que pourrait être réalisé l'idéal du gouvernement respectueux de la loi.

Il sera utile, en ce point, d'interrompre brièvement notre raisonnement principal pour considérer une certaine ambiguïté du concept de « gouvernement ». Bien que le terme recouvre un large éventail d'activités qui, dans toute société ordonnée, sont nécessaires ou désirables, il entraîne aussi certaines connotations hostiles à l'idéal de la liberté dans le respect du droit. Il y a, nous l'avons vu, deux missions distinctes, englobées dans ce mot : il faut distinguer d'une part le maintien, au besoin par la force, des règles universelles de juste conduite et, d'autre part, la direction de l'organisation constituée en vue d'assurer divers services aux citoyens en général.

C'est à l'égard de ce second groupe d'opérations que le terme de gouvernement (et plus encore le verbe : gouverner) s'accompagne

de connotations trompeuses. Il n'est pas contesté qu'il faille un gouvernement pour imposer l'obéissance aux lois et diriger l'organisation fournissant d'autres services; mais cela n'implique pas, en temps ordinaire, que le citoyen privé ait besoin d'être gouverné, au sens où le gouvernement dirige les ressources en personnel et en matériels qui lui sont octroyés pour assurer ces services. Il est courant aujourd'hui de dire d'un gouvernement qu'il « gère les affaires du pays », comme si la société entière n'était qu'une organisation dirigée par ce gouvernement. Alors que la réalité est tout autre : ce qui dépend vraiment du gouvernement, ce sont les conditions dans lesquelles il est possible d'avoir un fonctionnement sans heurts des échanges de services entre les innombrables individus et groupes organisés. Ces activités spontanément coordonnées des membres de la société pourraient certainement se poursuivre, et se poursuivraient en fait, même si toutes les opérations propres au gouvernement se trouvaient momentanément arrêtées. Il est vrai que, les gouvernements ayant dans nombre de pays assumé la direction de services essentiels fort nombreux, notamment en matière de transports et de communications, la vie économique serait bientôt paralysée au cas où cesseraient de fonctionner les services gouvernementaux en question. Mais il en est ainsi seulement parce que le gouvernement s'est réservé le droit exclusif de fournir ces services, et non parce que lesdits services ne sauraient être fournis par une autre source.

Droit privé et droit public

La distinction entre règles universelles de juste conduite et règles d'organisation de gouvernement est étroitement associée à celle entre droit privé et droit public, parfois même identifiée à cette dernière[19]. Ce que nous avons dit jusqu'ici pourrait donc être résumé en disant que le domaine de la législation est constitué de façon prédominante par le droit public. Toutefois, il n'existe pas d'unanimité sur le tracé de la frontière entre droit privé et droit public. La tendance de l'évolution contemporaine a rendu de plus en plus floue cette distinction, de deux façons : d'une part, en exemptant les organes gouvernementaux des règles générales de juste conduite, et, d'autre part, en soumettant la conduite des individus et des groupes privés à des directives impératives et même à des ordres ou inter-

dictions spécifiques émanant d'instances administratives. Au cours des cent dernières années, ce fut surtout au service des objectifs dits « sociaux » que la distinction entre les règles de juste conduite et celles de l'organisation des services gouvernementaux s'est trouvée progressivement effacée.

Pour notre propos, nous considérerons désormais que la distinction entre droit privé et droit public est équivalente à celle entre règles de juste conduite et règles d'organisation (et ce faisant, d'accord avec la pratique qui prédomine dans les pays anglo-saxons, mais en opposition à celle de l'Europe continentale, nous plaçons le droit pénal dans le domaine du droit privé plutôt que du droit public). Il faut toutefois souligner que les termes habituels de droit « privé » ou « public » peuvent entraîner des méprises. Leur ressemblance avec les expressions d'intérêt privé et intérêt public peut suggérer à tort que le droit privé ne sert qu'aux intérêts des particuliers, et que le droit public seul est au service du bien commun. Même la définition classique des Romains, selon laquelle le droit privé vise l'utilité des individus, et le droit public s'occupe de ce qui concerne la nation romaine[20], se prête à une telle interprétation. La tendance à penser que seul le droit public vise le bien public n'est pourtant justifiée que si le mot « public » est interprété dans un sens étroit, c'est-à-dire s'appliquant à ce qui est du ressort de l'organisation de gouvernement; et si l'expression « bien public » n'est, en conséquence, non pas comprise comme étant synonyme de « bien général » mais comme s'appliquant seulement aux objectifs spéciaux qui concernent directement l'organisation de gouvernement.

Considérer que le droit public est le seul qui serve le bien commun ou général, et que le droit privé protège seulement les intérêts égoïstes des individus serait exactement à l'inverse de la vérité : c'est une erreur de croire que seules les actions qui tendent délibérément à des objectifs collectifs sont utiles aux intérêts collectifs. Le fait est au contraire que l'ordre spontané de la société nous fournit ce qui est le plus important pour tout le monde, et donc pour le bien commun; plus important que la plupart des services spéciaux que l'organisation de gouvernement peut fournir, à la seule exception de la sûreté garantie aux règles de juste conduite par l'appui de la force. Il est possible de concevoir une société prospère et paisible dans laquelle le gouvernement se bornerait à remplir cette dernière fonction; et

pendant très longtemps, particulièrement durant le Moyen Age, l'expression *utilitas publica* n'a rien recouvert d'autre que la paix et la justice qu'assure le respect, forcé au besoin, des règles de juste conduite. Ce qui est vrai est simplement que le droit public, en tant que loi de l'organisation de gouvernement, requiert de ceux à qui il s'applique qu'ils servent délibérément l'intérêt public, tandis que le droit privé permet aux individus de poursuivre leurs objectifs personnels et ne vise qu'à limiter le champ d'action licite aux individus de telle façon que le résultat ultime sera favorable à l'intérêt général.

La loi d'organisation de gouvernement n'est pas de la loi au sens de règles précisant quelle sorte de conduite est correcte en général, elle consiste en des directives concernant ce que tel fonctionnaire ou tel office gouvernemental est requis de faire. Ces directives seraient plus justement appelées règlements ou statuts gouvernementaux. Leur but est d'habiliter des instances particulières à exécuter des opérations définies en vue d'objectifs assignés, pour lesquelles des ressources spécifiées leur sont allouées. Mais dans une société libre, ces moyens d'exécution ne comprennent pas la personne des citoyens. Si ces règlements de l'organisation du gouvernement sont généralement regardés comme étant des règles de même nature que les règles de juste conduite, cela est dû à cette circonstance que les règlements émanent de la même autorité qui détient aussi le pouvoir de prescrire des règles de juste conduite. On appelle le tout des « lois », et cela vient du fait qu'on a voulu conférer aux règlements le même prestige et le même respect qui sont attachés aux règles universelles de juste conduite. C'est ainsi que les organismes gouvernementaux ont pu réclamer des citoyens privés l'obéissance à des ordres visant des objectifs spécifiques.

La tâche d'organiser des services déterminés entraîne nécessairement, quant à la nature des règles à formuler, une conception entièrement différente de celle découlant de la mission de fournir des règles servant de base à un ordre spontané. Et pourtant, c'est l'attitude engendrée par la première tâche qui a fini par dominer la conception des buts de la législation. Etant donné que la construction délibérée de règles est le plus souvent consacrée à des règles d'organisation, la réflexion sur les principes généraux de législation s'est aussi trouvée presque entièrement laissée aux juristes de droit public, c'est-à-dire aux spécialistes en organisation, lesquels ont souvent si peu de

sympathie pour le droit privé élaboré par les juristes, que l'on hésite à les appeler également juristes*. Ce sont eux qui dans les temps modernes ont à peu près complètement dominé la philosophie juridique et qui, à la fois en fournissant le cadre conceptuel de tout le droit et en influant sur les décisions judiciaires, ont profondément affecté aussi le droit privé. Le fait que la jurisprudence (spécialement sur le continent européen) a été presque entièrement aux mains des juristes de droit public — qui, en pensant au droit envisagent avant tout le droit public, et en pensant à l'ordre n'imaginent rien d'autre que l'organisation — est la raison dominante des conquêtes non seulement du positivisme juridique (qui, dans le domaine du droit privé, n'a tout simplement aucun sens), mais aussi des idéologies socialistes et totalitaires qui y sont implicites.

Le droit constitutionnel

A ce groupe de règles que nous avons l'habitude de nommer des « lois » alors qu'elles sont des règlements d'organisation et non pas des règles de juste conduite, appartiennent au premier chef toutes les règles attribuant et limitant les pouvoirs de gouvernement compris dans les textes constitutionnels. On les considère communément comme la sorte la plus « haute » de loi, à laquelle est attachée une dignité spéciale, ou qui commande davantage de respect que le reste des lois. Mais bien qu'il y ait à cela des explications historiques, il serait plus approprié de les considérer comme une superstructure dressée pour garantir le maintien du droit que de les représenter selon l'habitude comme la source de tout le reste du droit.

La raison pour laquelle une dignité particulière et un caractère fondamental sont attribués aux lois constitutionnelles est que, du simple fait qu'il avait fallu en convenir de façon solennelle, il fallait aussi un effort particulier pour leur conférer l'autorité et le prestige dont le droit traditionnel jouissait depuis longtemps. Issues généralement de luttes prolongées, on les savait avoir été payées d'un prix élevé dans un passé récent. L'on voyait en elles le résultat d'un accord conscient mettant fin à un long conflit, accord souvent confirmé par

* La phrase anglaise, en cet endroit, relève du jeu de mots : « So little sympathy with lawyer's law that one hesitates to describe them as lawyers. » *(N.d.T.)*

serment et cérémonieusement, posant des principes dont la violation rallumerait les oppositions catégorielles et même la guerre civile. Fréquemment ce furent aussi des documents qui reconnaissaient pour la première fois la plénitude des droits civiques à une classe nombreuse et jusque-là opprimée.

Rien de tout cela, cependant, ne modifie le fait que la Constitution est essentiellement une superstructure érigée au-dessus d'un système préexistant de droit, en vue d'en organiser la sanction efficace. Malgré tout, une fois établie, elle peut apparaître comme primordiale, au sens logique, en tant que désormais les autres lois tirent leur autorité de la Constitution; elle n'en a pas moins pour raison d'être de renforcer des règles préexistantes. Elle crée un instrument afin de maintenir le droit et l'ordre et afin de fournir un certain nombre d'autres services, mais elle ne définit pas ce que sont le droit et la justice. Et il est bien vrai, comme on l'a souvent dit, que « le droit public passe, mais le droit privé demeure »[22]. Même lorsque par suite de révolution ou de conquête la totalité de la structure de gouvernement change, la plupart des règles de juste conduite, le droit civil et pénal demeurent en vigueur; et cela, même lorsque c'est le désir d'en changer certains aspects qui a été la principale cause de la révolution. Il en est ainsi pour la simple raison que c'est seulement en faisant droit aux aspirations générales qu'un nouveau gouvernement peut obtenir l'allégeance de ses sujets et, par là, devenir « légitime ».

Même lorsqu'une constitution, en déterminant le pouvoir des différents organes de gouvernement, limite le pouvoir de l'assemblée légiférante elle-même — comme à mon avis toutes les constitutions devraient le faire, et comme souhaitaient le faire les constitutions les plus anciennes — et lorsque dans cette intention elle définit les propriétés formelles qu'une loi doit présenter pour être valable, une telle définition des règles de juste conduite n'est pas en elle-même une règle de juste conduite. Une telle définition fournirait ce que H. L. A. Hart a appelé une « règle d'identification »[23], mettant les tribunaux à même de vérifier et déclarer que certaines règles possèdent ou ne possèdent pas ces propriétés; elle ne serait pas elle-même une règle de juste conduite. Une telle définition au moyen de règles d'identification ne conférerait pas *ipso facto* au droit préexistant sa validité. Elle fournirait un guide au juge; mais comme toutes les tentatives de formuler les conceptions sous-tendant un système existant de

normes, elle peut être parfois inadéquate et le juge peut encore devoir aller au-delà, ou rester en deçà, du sens littéral des formules employées.

C'est dans le champ du droit constitutionnel plus qu'en aucune autre partie du droit public, que l'on trouve une grande résistance à l'affirmation qu'il n'a pas les caractères des règles de juste conduite. Il semble qu'à la plupart des experts en la matière le fait de soutenir que la loi constitutionnelle n'est pas du droit au sens où nous disons que les règles de juste conduite en sont apparaisse comme simplement choquant et indigne de considération. C'est à vrai dire pour cette raison que nul résultat satisfaisant n'a pu sortir des efforts les plus prolongés et les plus soutenus qui aient jamais été faits pour arriver à une claire distinction entre les deux espèces de lois : ceux accomplis en Allemagne pendant la dernière partie du XIXe siècle, concernant ce qui fut alors appelé : loi au sens « matériel » (ou substantif), et loi au sens simplement « formel ». En effet, aucun des auteurs participant à ce débat n'a pu se résoudre à accepter ce qui à tous apparaissait comme la conclusion inévitable mais, pensaient-ils, absurde : à savoir que la loi constitutionnelle devrait, d'après n'importe quel critère sensé, être classée dans les lois au sens purement formel, et non dans la loi au sens matériel[24].

La législation financière

Le domaine dans lequel la différence entre les règles de juste conduite et les autres produits de l'activité législative ressort le plus clairement — et où en conséquence l'on a très tôt reconnu que les « lois politiques » le concernant avaient quelque chose de différent des « lois juridiques » — est celui dans lequel apparut d'abord la « législation » émanant d'organismes représentatifs : c'est-à-dire les finances. Il y a là en réalité une distinction difficile et importante à faire entre l'autorisation de dépense et la détermination de la manière selon laquelle le fardeau sera réparti entre les divers individus et groupes. Mais il est assez évident que, pris en gros, un budget gouvernemental est un plan d'action pour une organisation conférant autorité à tel organisme pour faire tel genre d'opérations; et que ce n'est pas une règle de juste conduite. En fait, la majeure partie d'un budget, pour autant qu'il s'agisse de dépenses, ne contient pas du tout de règles[25] : il consiste en directives concernant les objectifs et la manière

d'employer les moyens mis à la disposition du gouvernement. Même les savants allemands du dernier siècle qui essayèrent si fort de revendiquer pour le droit public le caractère de ce qu'ils appelaient « loi au sens matériel » ont dû s'arrêter là, et admettre que le budget ne pouvait en aucune façon être rangé sous cette étiquette. Une assemblée représentative approuvant un tel plan d'opération pour le gouvernement agit sans doute possible non comme une législature, au sens où le terme est compris par exemple dans le concept de séparation des pouvoirs, mais comme l'instance suprême de gouvernement, donnant ses instructions à l'exécutif qui devra les appliquer.

Cela n'est pas à dire que dans toutes ces activités réglées par les directives « législatives » le gouvernement ne doit pas, comme toute autre personne ou institution, être soumis aux règles générales de juste conduite; et, en particulier, être astreint à respecter les domaines privés définis par ces règles. En vérité, l'idée que ces directives au gouvernement, parce qu'elles sont appelées lois, supplantent ou modifient les lois générales applicables à tout un chacun, constitue le plus grand des dangers dont nous devrions nous garder, en distinguant clairement entre les deux sortes de « lois ». Cela devient évident lorsque nous passons du côté des dépenses au côté des recettes du budget. La détermination du revenu fiscal total à prélever par l'impôt dans un certain exercice est encore une décision particulière qui doit être guidée par des circonstances de fait, bien qu'il puisse y avoir des questions de justice à propos du fardeau qu'une majorité est disposée à porter, mais qu'elle fait aussi porter à une minorité qui n'y est pas disposée; ou encore à propos de la façon dont un fardeau donné doit être réparti entre les personnes et les groupes. Là aussi, par conséquent, les obligations des individus devraient être régies par des règles générales, applicables quelle que soit la masse des dépenses décidées; à vrai dire, des règles qui devraient être fixées de façon inaltérable pour ceux qui décident des dépenses. Nous avons tellement l'habitude d'un système où les dépenses sont décidées en premier, et où l'on n'examine qu'ensuite sur qui retombera le fardeau, que l'on se rend rarement compte du degré auquel cela est contraire au principe fondamental qui limite l'emploi de la contrainte à la sanction des règles de juste conduite.

Le droit administratif et le pouvoir de police

La plus grande part, de loin, de ce qu'on appelle droit public se compose en réalité de lois concernant l'administration, c'est-à-dire de règles qui régissent l'activité des divers services du gouvernement. Dans toute la mesure où ces règles définissent la façon dont ces services doivent employer les ressources en personnel et en argent qui sont mises à leur disposition, ce sont évidemment des règles d'organisation semblables à celles requises d'habitude par toute organisation importante. Elles ne présentent d'intérêt particulier qu'en raison de la responsabilité publique qui pèse sur ceux qui sont concernés par ces règles. Le terme « droit administratif » est, néanmoins, employé avec deux autres significations.

On emploie le terme pour désigner des réglementations arrêtées par des services administratifs et qui sont obligatoires non seulement pour les fonctionnaires de ces services, mais aussi pour les citoyens privés qui ont affaire à l'administration. De tels règlements sont manifestement nécessaires pour déterminer la façon dont les citoyens pourront bénéficier des services proposés par le gouvernement; mais ils débordent souvent cet aspect et ils comportent l'énoncé de règles complémentaires des règles générales délimitant le domaine d'autonomie privée. Dans ce dernier cas ces textes constituent de la législation déléguée. Il peut y avoir de bonnes raisons de laisser la détermination de quelques règles de ce genre à des corps constitués régionaux ou locaux. La question de savoir si de tels pouvoirs de législation ne doivent être délégués qu'à des organismes représentatifs, ou s'ils peuvent aussi l'être à des organismes bureaucratiques publics, est assurément importante mais ne nous concerne pas ici. La question pertinente dans le présent contexte est de savoir si dans cette capacité la « législation administrative » devrait être soumise aux mêmes limitations que le véritable pouvoir législatif, celui de l'institution qui fait les lois.

Le terme « droit administratif » est de plus utilisé pour désigner « les pouvoirs administratifs sur les personnes et leurs biens », qui ne consistent pas en des règles de juste conduite mais visent des effets spéciaux prévisibles et qui, par conséquent, impliquent discrimination et arbitraire. C'est par rapport au droit administratif ainsi conçu qu'un conflit surgit avec le concept de liberté selon le droit. Dans la

tradition juridique du monde anglo-saxon, il était jadis admis que dans leurs rapports avec les personnes privées, les autorités administratives étaient soumises aux mêmes règles générales (coutumières ou légales) et relevaient de la juridiction des mêmes tribunaux ordinaires que les simples citoyens. C'est seulement dans le sens mentionné en dernier lieu, c'est-à-dire de lois différentes selon qu'elles visent les administrations et organes gouvernementaux, ou les citoyens, que A. V. Dicey pouvait encore soutenir au début de ce siècle que le droit administratif n'existait pas en Angleterre[26], vingt ans après que des écrivains étrangers eurent produit de longs traités sur le droit administratif britannique entendu au premier sens[27].

Lorsque se développent les services que le gouvernement est appelé à rendre aux citoyens, le besoin se fait sentir d'en réglementer l'usage. Le comportement sur les routes et autres lieux publics destinés à l'usage commun ne peut pas être réglé en assignant un domaine propre à chaque individu, et appelle des règles définies en considération de leur résultat pratique. Bien que de telles règles pour l'usage des services fournis au public doivent répondre à des exigences de justice (notamment au sens de leur application uniforme à tous) elles n'ont pas la justice pour objectif. Le gouvernement devra être juste en édictant ces règles, mais pas les personnes qui auront à les observer. Le « Code de la route » stipulant qu'il nous faut garder la droite ou la gauche, etc., souvent cité comme exemple d'une règle générale, n'est pas pour autant une « règle de juste conduite »[28]. Comme d'autres règles concernant l'usage des services et institutions publiques, il doit s'appliquer à tout le monde ou, du moins, tendre à assurer les mêmes avantages à tous les usagers, mais il ne définit pas une conduite juste.

De tels règlements concernant l'usage du domaine public sont des règles visant un objectif déterminé; et cependant, ayant à servir le « bien commun », ils ne doivent pas viser à avantager des groupes déterminés. Cela n'empêche pas, comme on le voit aisément par l'exemple des règlements de circulation, qu'ils impliquent que soit conféré à des agents gouvernementaux le pouvoir de prescrire des comportements spécifiés. Lorsque les membres de la police sont habilités à ordonner ce qui est nécessaire au maintien de l'ordre public, cela se rapporte essentiellement à la tâche d'assurer un comportement discipliné dans les endroits publics où l'individu ne peut pas jouir

de la même liberté que dans son domaine privé; des mesures spéciales peuvent à cet égard être nécessaires, par exemple, pour assurer la fluidité du trafic sur la voie publique. Le gouvernement, et spécialement l'autorité locale, reçoit mission de maintenir les installations en ordre de marche, de telle sorte que le public y ait accès dans les meilleures conditions pour l'usage de chacun.

Il y a eu aussi une tendance à interpréter l'expression « lieux publics », non plus simplement comme signifiant des installations fournies par le gouvernement au public, mais comme désignant tous les endroits où le public s'assemble, même s'ils sont fournis par l'entreprise privée à titre commercial : grands magasins, ateliers, théâtres, terrains de sports, etc. Bien qu'il y ait indubitablement besoin de règles générales assurant la sécurité et la salubrité aux usagers de tels endroits, il n'est pas évident qu'à cette fin un « pouvoir de police » discrétionnaire soit indispensable. Il est significatif que, aussi longtemps qu'a été respecté l'idéal fondamental de la souveraineté de la loi, la « législation britannique sur les lieux de travail », par exemple, « trouva possible de reposer pratiquement en tout point sur des règles générales », même si dans une large mesure ces règles étaient encadrées par des règlements administratifs[29].

Les « mesures » de gestion commune

Là où le gouvernement s'occupe de fournir des services particuliers, dont la plupart se rattachent à ce qu'on a récemment appelé « infrastructure » du système économique, le fait que de tels services tendent souvent à des effets déterminés soulève des problèmes délicats. Les décisions en de tels domaines sont généralement désignées comme des « mesures » de gestion (spécialement sur le continent, l'anglais *measures* correspondant à *mesures* en français et à *Massnahmen* en allemand), et il convient d'examiner quelques-uns des problèmes qui se présentent à ce sujet. Le point décisif est souvent exprimé en disant qu'il ne peut y avoir « égalité devant une mesure » comme il y a « égalité devant la loi »[30]. Ce qu'on veut dire par là est que la plupart des mesures en question seront d'ordinaire « orientées », en ce sens que — bien que leurs effets ne puissent être réservés à ceux qui sont disposés à payer pour les services concernés — elles ne profiteront qu'aux membres d'un groupe plus ou moins discer-

nable et non pas à tous les citoyens également. Il est probable que la plupart des services rendus par le gouvernement, en dehors de la sanction de la juste conduite, sont de cette nature. Les problèmes qui se posent ne peuvent qu'en partie être résolus en confiant largement de tels services aux autorités locales ou à des agences régionales du gouvernement créées pour un but particulier, telles qu'un Service des Eaux.

La couverture par une bourse commune du coût de services dont ne profitera qu'une partie de ceux qui l'alimentent sera généralement consentie par les autres seulement s'il est entendu que d'autres besoins de ces derniers seront couverts de façon semblable, de telle sorte qu'en gros il y ait correspondance entre les charges et les avantages. Lorsqu'une telle organisation de services sera en discussion avec les bénéficiaires approximativement déterminables, des intérêts particuliers seront inévitablement en conflit, et la solution ne pourra se trouver que dans un compromis — ce qui est bien différent de ce qui se produit dans la discussion de règles générales tendant à un ordre abstrait dont les avantages sont largement imprévisibles. C'est pourquoi il est tellement important que les autorités qui auront à gérer ces affaires, même si ce sont des instances démocratiques ou représentatives, soient sujettes, lorsqu'elles définissent les services en question, à des règles de conduite générales ; et qu'elles ne puissent à leur gré « ré-écrire la règle du jeu pendant que la partie est en cours »[31].

Lorsque nous parlons de mesures administratives, nous avons d'ordinaire à l'esprit l'utilisation de ressources spéciales pour fournir certains services à des groupes de gens identifiables. L'établissement d'un réseau d'écoles, de services de santé, d'assistance financière ou autre à des métiers ou professions déterminés, ou encore la mise en œuvre de l'appareil dont le gouvernement dispose par son monopole d'émission de la monnaie sont en ce sens des mesures de gestion commune. Il est manifeste qu'à l'égard de mesures de ce genre la distinction entre fournir des équipements destinés à l'usage de personnes inconnues pour des fins qu'on ignore, et fournir des équipements en vue de favoriser certains groupes, devient une question de degrés, avec nombre d'intermédiaires entre les deux types extrêmes. Nul doute que, si le gouvernement devenait le fournisseur exclusif de nombreux services essentiels, il pourrait, en définissant les caractères de ces services et les conditions de leur

fourniture, exercer une grande influence sur le contenu matériel de l'ordre de marché. Pour cette raison, il est important que les dimensions de ce « secteur public » soient limitées et que le gouvernement ne soit *pas* libre de coordonner ses divers services de telle sorte que leurs effets sur certaines gens deviennent prévisibles. Nous verrons plus tard qu'il est aussi très important, pour la même raison, que le gouvernement n'ait pas le droit *exclusif* de rendre un service quelconque en dehors de celui d'appuyer par la force l'application des règles de juste conduite, et qu'ainsi il ne soit pas à même d'empêcher d'autres agents d'offrir des services de même nature, lorsque se présente une possibilité de fournir par la voie du marché des services qu'il était jusque-là impossible de procurer ainsi.

La transformation du droit privé en droit public par la législation « sociale »

Si au cours des cent dernières années l'on a abandonné le principe suivant lequel, dans une société libre, la contrainte est permise seulement pour sanctionner l'obéissance aux règles universelles de juste conduite, cet abandon a été fait pour servir ce qu'on a appelé des objectifs « sociaux ». L'on a toutefois couvert de l'adjectif « social » diverses espèces de concepts qui doivent être soigneusement distingués.

A l'origine, il s'agissait principalement d'éliminer une discrimination légale qui s'était insinuée dans la pratique juridique par le fait de l'influence prépondérante que certains groupes — tels que les propriétaires fonciers, les employeurs, les créanciers — exerçaient sur la formation du droit. Cela ne veut pas dire, cependant, que la seule alternative soit de favoriser à l'inverse les catégories précédemment victimes de l'injustice, et qu'il n'y ait pas de position « moyenne » dans laquelle la loi traite les deux parties selon le même principe. L'égalité de traitement en ce sens n'a rien à voir avec la question de savoir si l'application de telles règles générales dans une situation particulière risque de conduire à des *résultats* plus favorables à tel groupe qu'aux autres. La justice n'a pas à considérer les conséquences des diverses transactions, mais à vérifier que les transactions elles-mêmes ont été loyales. Les règles de juste conduite ne peuvent altérer le fait que, la conduite étant de part et d'autre parfaitement juste, la faible productivité du travail dans certains pays y produira une

situation telle que les salaires auxquels il sera possible à tous de trouver un emploi seront très bas — et en même temps la rémunération du capital très forte — tandis qu'il ne sera possible d'assurer des salaires plus élevés à certains que par des mesures qui empêcheront les autres de trouver de l'emploi.

Nous verrons plus tard que la justice, à cet égard, s'attache uniquement aux salaires ou prix qui se sont formés sur un libre marché sans qu'il y ait tromperie, fraude ni violence; nous verrons aussi que dans ce cas, qui est le seul où nous pouvons parler correctement de justes salaires ou de justes prix, le résultat d'une transaction entièrement juste peut être en fait que l'un en tirera fort peu et l'autre beaucoup. Le libéralisme classique reposait sur l'idée qu'il existe des principes de juste conduite, susceptibles d'être découverts et universellement applicables, qui seraient reconnus comme justes sans égard aux effets de leur application à des groupes déterminés.

En second lieu, « législation sociale » peut se rapporter à la fourniture publique de certains services particulièrement importants pour quelques minorités infortunées, de gens invalides ou incapables de subvenir à leurs besoins. Une communauté prospère peut décider d'assurer à une minorité de tels services, par l'intermédiaire de son gouvernement, soit pour des motifs de morale, soit à titre d'assurance contre certains événements qui pourraient affecter tout le monde. Bien que le fonctionnement de tels services accroisse la nécessité de lever des impôts, ces derniers peuvent l'être selon des principes uniformes, et l'obligation de contribuer à la couverture des coûts encourus en exécution du projet arrêté en commun peut être rattachée à la conception de règles générales de conduite. Cela ne ferait point du citoyen privé un instrument obligé de l'administration; il serait encore libre d'utiliser ce qu'il sait pour réaliser ses projets à lui, il n'aurait pas à servir ceux d'une organisation.

Toutefois, il y a une troisième sorte de législation « sociale ». Son but est de diriger l'activité privée vers des fins particulières et au profit de certains groupes. Les efforts en ce sens, inspirés par le fantasme fugace de la « justice sociale », ont eu pour résultat de transformer graduellement les règles de juste conduite indépendantes des fins poursuivies (ou règles du droit privé) en des règles d'organisation dépendant d'objectifs imposés (ou règles de droit public). Cette poursuite de la « justice sociale » a forcément conduit les gouver-

nements à traiter le citoyen et ses biens comme un outil de l'administration avec pour objectif d'atteindre des résultats définis pour des groupes définis. Lorsque le but de la législation est d'assurer des salaires plus élevés à des groupes particuliers de travailleurs, ou des revenus plus élevés aux petits agriculteurs, ou de meilleurs logements pour le citadin pauvre, cela ne peut pas être réalisé en améliorant les règles générales de conduite.

Ces efforts vers la « socialisation » du droit se sont poursuivis dans la plupart des pays occidentaux pendant plusieurs générations et ont été très loin dans l'abolition du caractère distinctif des règles universelles de conduite, qui est l'égalité de tous sous les mêmes règles. L'histoire de cette législation, qui débuta en Allemagne au siècle dernier sous le nom de *Sozialpolitik* et qui s'étendit d'abord au Continent et à l'Angleterre, puis en ce siècle-ci aux Etats-Unis, ne peut être retracée ici. Quelques jalons sur cette évolution, qui a conduit à créer des règles spéciales pour des classes particulières, sont, en Angleterre, la loi sur les conflits professionnels *(Trade Disputes Act)* de 1906 qui conféra des privilèges uniques aux syndicats de salariés[32]; et aux Etats-Unis les décisions de la Cour suprême dans la première période du *New Deal*, qui reconnurent aux assemblées législatives des pouvoirs illimités pour « sauvegarder les intérêts du peuple »[33], disant en fait que pour n'importe quel but qu'une législature considérait comme bienfaisant, elle pouvait adopter n'importe quelle loi qui lui parût opportune.

Le pays dans lequel ce mouvement alla le plus loin et où ses conséquences furent le plus complètement acceptées, et explicitement reconnues, fut cependant le pays où il avait pris naissance, l'Allemagne. On y avait largement compris que la poursuite de ces objectifs sociaux impliquait le remplacement progressif du droit privé par le droit public. En fait, les chefs de file de la pensée socialiste dans le domaine juridique proclamèrent ouvertement la doctrine que le droit privé tendant à coordonner les activités individuelles serait progressivement remplacé par un droit public de subordination; affirmant que « pour un ordre juridique social, le droit privé devait être considéré seulement comme une réserve provisoire et constamment rétrécie laissée aux initiatives privées, qui n'étaient que temporairement épargnées à l'intérieur de la sphère illimitée du droit public »[34]. En Allemagne, ce mouvement fut fortement aidé par la survivance

d'une tradition de gouvernement à droits illimités, fondée sur une mystique du pouvoir régalien *(Hoheit und Herrschaft)*; cette tradition s'exprimait dans des concepts alors largement inintelligibles dans le monde occidental, selon lesquels notamment le citoyen est le sujet de l'administration, et le droit administratif « la loi particulière aux relations entre l'Etat qui administre et les sujets qu'il rencontre dans ses activités »[35].

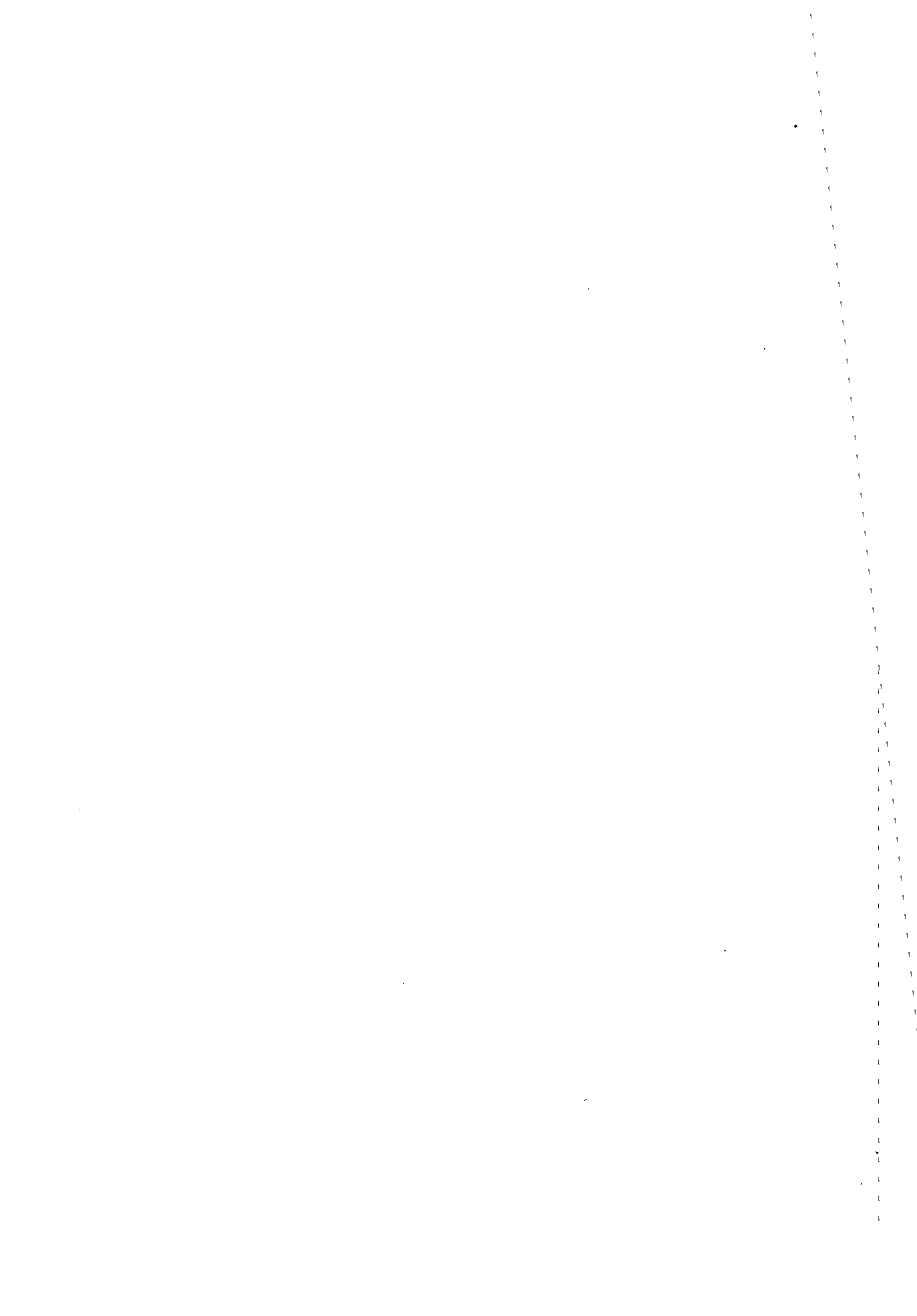
La déformation mentale d'une législature qui s'occupe surtout de gouvernement

Tout cela soulève des questions qui nous occuperont principalement dans le second volume de cet ouvrage. Ici nous pouvons seulement les évoquer brièvement en indiquant les raisons pour lesquelles, à confondre la confection des lois de juste conduite avec la direction de l'appareil de gouvernement, l'on déclenche une transformation progressive de l'ordre spontané de la société en une organisation. Seules quelques remarques préliminaires doivent être ajoutées, quant à l'attitude mentale profondément différente d'une assemblée, dont les membres s'occupent de questions d'organisation, par rapport à une assemblée essentiellement occupée à légiférer au sens classique du mot.

De manière croissante et irrésistible, une assemblée occupée de la première façon tend à se penser elle-même comme un corps qui ne fournit pas seulement certains services à un ordre qui fonctionne indépendamment d'elle; elle pense « diriger le pays » comme quelqu'un dirige une usine ou toute autre organisation. Puisqu'elle possède de l'autorité en toute matière, elle ne peut refuser de responsabilité en aucune matière. Il n'y aura aucun grief auquel elle ne sera crue capable de porter remède; or dans chaque cas particulier, pris en lui-même, elle sera en général effectivement capable d'apporter un remède, et l'on se persuadera donc qu'elle peut écarter tous les sujets de mécontentement en même temps. Et pourtant, c'est un fait que la plupart des plaintes d'individus ou de groupes particuliers ne peuvent être résolues que par des mesures qui créent d'autres mécontents à d'autres endroits.

Un parlementaire britannique, travailliste expérimenté, a décrit le devoir du politicien comme la résolution de toutes les sources de

mécontentement[36]. Il est clair que cela implique un règlement de tous les cas particuliers d'une façon qu'aucun ensemble de règles de conduite ne peut indiquer. Mais mécontentement ne signifie pas nécessairement mécontentement légitime; l'existence d'un mécontentement ne prouve pas non plus que la cause de ce mécontentement puisse être supprimée. En réalité, il est plus vraisemblablement dû à des circonstances que personne ne pouvait prévenir ni modifier en respectant les principes généralement admis. L'idée que la tâche de gouverner consiste à satisfaire tous les désirs particuliers exprimés par un nombre suffisamment grand de personnes, et sans admettre de limites aux moyens dont l'organisme représentatif a le droit de disposer pour un tel but, conduit nécessairement à un état de la société où toutes les actions seront commandées selon un plan détaillé, établi par marchandages au sein d'une majorité puis imposé à tous comme étant « l'objectif commun » à réaliser.



NOTES*

INTRODUCTION

* Guglielmo FERRERO, *The Principles of Power*, New York, 1942, p. 318. Le paragraphe duquel est tirée la citation commence ainsi : « Order is the exhausting Sisyphean labour of mankind against which mankind is always in a potentiel state of conflict... »

1. La formule consacrée par l'usage général aux XVIIIe et XIXe siècles est « limited constitution », mais l'expression « limiting constitution » se rencontre aussi à l'occasion dans les écrits plus anciens.

2. Voir K. C. WHEARE, *Modern Constitutions*, édition révisée, Oxford, 1960, p. 202 : « The original idea behind [constitutions] is that of limiting government and requiring those who govern to conform to laws and rules »; voir également C. H. MAC ILWAIN, *Constitutionalism : Ancient and Modern*, édition révisée, Ithaca, New York, 1958, p. 21 : « All constitutional government is by definition limited government... constitutionalism has one essential quality : it is a legal limitation of government; it is the antithesis of arbitrary rule; its opposite is despotic government, the government of will »; C. J. FRIEDRICH, *Constitutional Government and Democracy*, Boston, 1941, spécialement p. 131, où une constitution est définie comme « the process by which governmental action is effectively restrained ».

3. Voir Richard WOLLHEIM, A paradox in the theory of democracy, publié dans le recueil de Peter LASLETT et W. G. RUNCIMAN, *Philosophy, Politics and Society*, 2e série, Oxford, 1962, p. 72 : « The modern conception of Democracy is of a form of government in which no restriction is placed upon the governing body. »

4. Voir Georges BURDEAU, Une survivance : la notion de constitution, dans *L'évolution du droit public, études offertes à Achille Mestre*, Paris, 1956.

5. Voir F. A. HAYEK, *The Constitution of Liberty*, Londres et Chicago, 1960.

* Nous avons conservé les références indiquées par l'Auteur, même dans les cas où les ouvrages cités ont été traduits en français. Et nous ne traduisons naturellement que les commentaires de l'Auteur. *(N.d.T.)*

6. Voir Samuel H. BEER, The British legislature and the problem of mobilizing consent, dans Elke FRANK (recueil), *Lawmakers in a Changing World*, Englewood Cliffs, New Jersey, 1966, et reproduit dans B. CRICK (recueil), *Essays on Reform*, Oxford, 1967.
7. Voir F. A. HAYEK, *op. cit.*, p. 207 et n. 12.
8. Torgny T. SEGERSTEDT, Wandel der Gesellschaft, *Bild der Wissenschaft*, vol. VI, mai 1969, p. 441.
9. Enrico FERRI, *Annales de l'Institut international de Sociologie*, vol. 1, 1895, p. 166 : « Le socialisme est l'aboutissement logique et inévitable de la sociologie. »

1. RAISON ET ÉVOLUTION

* Lord ACTON, *The History of Freedom and Other Essays*, Londres, 1907, p. 58. La plupart des problèmes qui seront étudiés dans ce chapitre préliminaire ont été étudiés de façon un peu plus étendue dans une série d'études préalables dont la majeure partie a été reproduite dans F. A. HAYEK, *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, Londres et Chicago, 1967 (auxquelles il sera référé par la suite par l'abréviation *SPPE*) : voir en particulier les chapitres 2 à 6 dans ce livre, ainsi que ma conférence (1966) sur Bernard Mandeville, dans *Proceedings of the British Academy*, LII, Londres, 1967, et *The Confusion of Language in Political Theory*, Londres, 1968.

1. Il est à la mode aujourd'hui de se moquer de toute assertion que quelque chose soit impossible, et d'évoquer les nombreux cas où ce que les savants mêmes représentaient comme impossible s'est plus tard avéré possible. Néanmoins, la vérité est que tout progrès de la connaissance scientifique consiste en dernière analyse à comprendre que certains événements sont impossibles. Sir Edmund Whittaker, un physicien mathématicien, a exprimé cela en parlant du « principe d'impuissance » et Sir Karl Popper a exposé systématiquement l'idée que toutes les lois scientifiques consistent essentiellement en prohibitions, autrement dit en affirmations que quelque chose ne peut pas se produire; voir en particulier Karl POPPER, *The Logic of Scientific Discovery*, Londres, 1954.
2. Sur le rôle joué par Bernard Mandeville à cet égard, voir ma conférence sur lui, citée dans la note sous astérisque en tête du présent chapitre.
3. Les implications de l'angle de vue cartésien — du moins tel qu'il est très généralement compris — à l'égard de tous les problèmes moraux et politiques sont clairement dégagées dans Alfred ESPINAS, *Descartes et la morale*, 2 volumes, Paris, 1925, spécialement au début du volume 2. Sur l'influence prépondérante exercée sur le siècle des Lumières en France par la branche cartésienne du rationalisme, voir G. de RUGIERO, *History of European Liberalism*, traduction R. G. COLLINGWOOD, Londres, 1927, p. 21 et suiv. :

   « A l'école cartésienne appartiennent presque tous les représentants de la culture supérieure et moyenne du XVIII[e] siècle : les savants... les réformateurs sociaux, dressant leur réquisitoire contre l'Histoire décrite comme un musée des us et abus irrationnels, et s'efforçant de reconstruire le système social entier; les juristes, aux yeux de qui le droit est et doit être un système déduit d'un petit nombre de principes universels et évidents par eux-mêmes. »

   Voir également H. J. LASKI, *Studies in Law and Politics*, Londres et New Haven, 1922, p. 20 :

   « Que signifie [en ce qui concerne Voltaire, Montesquieu, etc.] le rationalisme ? C'est, essentiellement, un effort pour appliquer le cartésianisme aux

affaires humaines. Prenez comme postulats l'évidence flagrante du solide bon sens, et raisonnez logiquement à partir de là vers les conséquences qui en découlent. Ce sens commun, à ce que pensaient les philosophes, donnera partout les mêmes résultats : ce qu'il est pour le sage de Ferney, il le sera à Pékin ou dans les forêts d'Amérique. »

4. DESCARTES lui-même a manifesté cette attitude lorsqu'il écrivit dans son *Discours de la méthode* (au début de la deuxième partie) que « la grandeur de Sparte n'était pas due à l'excellence de chacune de ses lois en particulier... mais au fait que, émanant d'un seul individu, elles tendaient à une fin unique ». Pour une application caractéristique de cette idée par un gouvernant du XVIII[e] siècle, voir la déclaration de Frédéric II de Prusse citée dans G. KÜNTZEL, *Die politischen Testamente der Hohenzollern*, Leipzig, 1920, vol. 2, p. 64, où il affirme que, pas plus que Newton n'aurait pu élaborer son système de l'attraction universelle s'il avait dû collaborer avec Leibniz et Descartes, un système politique ne pourrait apparaître et subsister s'il n'était pas le produit d'un unique cerveau.

5. « Pragmatique » est l'expression primitivement employée, dans ce contexte, surtout par Carl MENGER, *Untersuchungen über die Methoden der Socialwissenschaften*, Leipzig, 1882, traduit dans *Problems of Economics and Sociology* par F. J. NOCK, avec une introduction de Louis SCHNEIDER, Urbana, Illinois, 1963, qui contient encore le meilleur traitement initial de ces problèmes.

6. Sur l'influence décisive de Descartes sur Rousseau, voir H. MICHEL, *L'idée de l'Etat*, Paris, 1896, p. 66 (avec références aux auteurs antérieurs); A. SCHATZ, *L'individualisme économique et social*, Paris, 1907, p. 40 et suiv.; R. DERATHÉ, *Le rationalisme de Jean-Jacques Rousseau*, Paris, 1948; et la pénétrante observation de R. A. PALMER, *The Age of Democratic Revolution*, Princeton, 1959 et 1964, vol. I, p. 114, que pour Rousseau « there was even no law except law willed by living men — this was his greatest heresy from many points of view, including the Christian : it was also his greatest affirmation in political theory ».

7. Voir R. S. PETERS, *The Concept of Motivation*, Londres, 1959, p. 5 :

> « *Man is a rule-following animal.* His actions are not simply directed toward ends; they also conform to social standards and conventions, and unlike a calculating machine he acts because of his knowledge of rules and objectives. For instance, we ascribe to people *traits* of character like honesty, punctuality, considerateness and meanness. Such terms do not, like ambition, or hunger, or social desire, indicate the sort of goals that a man tends to pursue; rather they indicate the type of regulations that he imposes on his conduct whatever his goals may be. »

8. Voir F. A. HAYEK, *The Constitution of Liberty*, Londres et Chicago, 1960, notamment chapitre 2.

9. J. A. SCHUMPETER, *History of Economic Analysis*, New York, 1954, p. 241.

10. Voir mes conférences sur « Economics and knowledge » (1936) et « The use of knowledge in society » (1945), toutes deux reproduites dans F. A. HAYEK, *Individualism and Economic Order*, Londres et Chicago, 1948.

11. L'expression « la Grande Société », que nous emploierons fréquemment dans le même sens où nous emploierons celle de Sir Karl Popper « la Société Ouverte », était assurément déjà familière au XVIII[e] siècle (voir, par exemple, Richard CUMBERLAND, *A Treatise on the Law of Nature*, Londres, 1727, chap. 8, section 9, de même qu'Adam Smith et Rousseau) et fut à l'époque moderne remise en usage par

Graham WALLAS qui s'en servit comme titre pour l'un de ses livres, *The Great Society*, Londres et New York, 1920. Elle n'a probablement pas perdu de son caractère adéquat, bien qu'elle ait servi de slogan politique à un récent gouvernement américain.

12. Lewis MUMFORD, dans son introduction à F. MACKENZIE (recueil), *Planned Society*, New York, 1937, p. VII : « We have still to develop what Patrick Geddes used sometimes to call the art of simultaneous thinking : the ability to deal with a multitude of related phenomena at the same time, and of composing, in a single picture, both the qualitative and the quantitative attributes of these phenomena. »

13. Jane JACOBS, *The Death and Life of Great American Cities*, New York, 1961.

14. Peut-être est-il utile, en raison de l'enthousiasme naïf suscité par les ordinateurs, de remarquer que, si grand que soit leur pouvoir de digérer les faits dont on les alimente, ils ne nous aident point à nous assurer de la réalité de ces faits.

15. Voir A. M. CARR-SAUNDERS, *The Population Problem : A Study in Human Evolution*, Oxford, 1922, p. 223 :

> « Men and groups of men are naturally selected on account of the customs they practise just as they are selected on account of their mental and physical characters. Those groups practising the most advantageous customs will have an advantage in the constant struggle between adjacent groups over those that practise less advantageous customs. Few customs can be more advantageous than those which limit the numbers of a group to the desirable number, and there is no difficulty in understanding how — when any of these three customs [abortion, infanticide, abstention from intercourse] had originated it would, by a process of natural selection, come to be so practised that it would produce an approximation to the desirable number. »

Une remarquable analyse de l'idée de base se trouve dans deux essais de W. K. CLIFFORD : « On the scientific basis of morals » (1873) et « Right and wrong : the scientific ground of their distinction » (1875), tous deux reproduits dans W. K. CLIFFORD, *Lectures and Essays*, Londres, 1879, vol. 2, en particulier p. 112 à 121 et 169 à 172, dont il n'est possible de citer ici que les passages les plus pertinents :

> « Adaptation of means to an end may be produced in two ways that we at present know of : by process of natural selection, and by the agency of an intelligence in which an image or an idea of the end preceded the use of the means. In both cases the existence of adaptation is accounted for by the necessity or utility of the end. It seems to me convenient to use the word *purpose* as meaning generally the end to which certain means are adapted, both in these two cases, and in any others that may hereafter become known, provided only that the adaptation is accounted for by the necessity of the end. And there seems to be no objection to the use of the phrase « final cause » in this wider sense if it is to be kept at all. The word « design » might then be kept for the special case of adaptation by intelligence. And we may then say that since the process of natural selection has been understood, *purpose* has ceased to suggest *design* to instructed people except in cases where the agency of men is independently probable [p. 117]. Those tribes have on the whole survived in which conscience approved of such actions as tended to the improvement of men's character as citizens and therefore to the survival of the tribe. Hence it is that the moral conscience of the individual, though founded upon the experience of the tribe, is purely intuitive : conscience gives no reasons [p. 119]. *Our sense of right and wrong is derived from such order as we can observe* [p. 121 : c'est moi qui souligne].

16. Voir A. M. CARR-SAUNDERS, ouvr. cité, p. 302 : « Mental characters are adapted to the whole of the traditional [as distinguished from the physical] environment. Men come to be selected in accordance with the needs of social organization, and as traditions grow in amount also in accordance with the capability of absorbing tradition. » Voir aussi Peter FARB, *Man's Rise to Civilization*, New York, 1968, p. 13 :

> « In arriving at their varying ways of life, societies do not make conscious choices. Rather they make unconscious adaptations. Not all societies are presented with the same set of environmental conditions, nor are all societies at the same stage when these choices are presented. For various reasons, some societies adapt to conditions in a certain way, some in different ways, and others not at all. Adaptation is not a conscious choice, and the people who make up a society do not quite understand what they are doing, they know only that a particular choice works, even though it may appear bizarre to outsiders. »

Voir également Alexander ALLAND, Jr., *Evolution and Human Behavior*, New York, 1967.

17. Observation décisive, que parmi nos contemporains Otto Jespersen souligna le premier dans *Language, Its Nature, Development and Origin*, Londres, 1922, p. 130; elle avait déjà été notée par Adam FERGUSON dans *Principles of Moral and Political Science*, Edimbourg, 1792, vol. 1, p. 7 :

> « The beautiful analogy of expression, on which the rules of grammar are established, is agreeable to the genius of man. Children are frequently misled by it, by following analogy where the practice actually deviates from it. Thus, a little boy, asked how he came by his plaything, said *Father buyed it for him*. »

18. Voir F. HEINIMANN, *Nomos and Physis*, Bâle, 1945; John BURNETT, Law and Nature in Greek Ethics, *International Journal of Ethics*, VII, 1893, et *Early Greek Philosophy*, 4e éd., Londres, 1930, p. 9; et en particulier Karl R. POPPER, *The Open Society and its Enemies*, Londres et Princeton, 1945 et ultérieurement, spécialement le chapitre 5.

19. Adam FERGUSON, *An Essay on the History of Civil Society*, Londres, 1767, p. 187 : « Nations stumble upon establishments, which are indeed the result of human action, but not the execution of any human design. » Dans l'introduction à son édition contemporaine de l'ouvrage, Edimbourg, 1966, p. XXIV, Duncan FORBES souligne que :

> « Ferguson, like Smith, Millar, and others (but not Hume [?]) has dispensed with the « Legislators and Founders of States », a superstition that Durkheim thought has hindered the development of social science more than anything else, and which is to be found even in Montesquieu... The Legislator myth flourished in the eighteenth century, for a variety of reasons, and its destruction was perhaps the most original and daring *coup* of the social science of the Scottish Enlightenment. »

20. Voir Sten GAGNÈR, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, Uppsala, 1960, p. 208 et 242. Il semblerait ainsi que l'obscurité intrinsèque de la dispute entre le positivisme juridique et les théories du droit naturel découle entièrement et directement de la dichotomie erronée ici discutée.

21. Voir au même ouvrage, p. 231, ce qui est dit de Guillaume de Conches et, notamment, sa formulation de l'idée : « Et est positiva que est ab hominibus inventa, ut suspensio latronis. Naturalis vero que non est homine inventa. »

22. Luis MOLINA, *De iustitia et iure*, Cologne, 1596-1600, t. II, question 347, nº 3 : « Naturale dicitur, quoniam et ipsis rebus, seclusa quaecumque humana lege et decreto consurgit, dependetur tamen ab multis circumstantiis, quibus variatur, atque ab hominum affectu, ac aestimatione, comparatione diversum usum, interdum pro solo hominum beneplacito et arbitrio. » Sur Molina, voir Wilhelm WEBER, *Wirtschaftsethik am Vorabend des Liberalismus*, Münster, 1959 ; et W. S. JOYCE, The economics of Louis Molina, 1948, thèse inédite pour le doctorat de philosophie, Université de Harvard.

23. Edmund BURKE, Reflections on the Revolution in France, in *Works*, Londres, 1808, vol. 5, p. 437.

24. Johannes de LUGO, *Disputationum de iustitia et iure tomus secondus*, Lyon, 1642, question 26, section 4, nº 40 : « Incertitudo ergo nostra circa pretium justum Mathematicum... provenit ex Deo, quod non sciamus determinare » ; voir aussi Joseph HÖFFNER, *Wirtschaftsethik und Monopole im fünfzehnten und sechszehnten Jahrhundert*, Jena, 1941, p. 114 et 115.

25. Comme l'entendait John LOCKE. Voir ses *Essays on the Law of Nature*, 1676, édition W. von LEYDEN, Oxford, 1954 :

> « By reason... I do not think is meant here that faculty of the understanding which forms chains of thought and deduces proofs, but certain definite principles of action from which spring all virtues and whatever is necessary for the proper moulding of morals... reason does not so much establish and pronounce this law of nature as search for it and discover it... Neither is reason so much the maker of law as its interpreter. »

26. Voir Joseph KOHLER, Die spanische Naturrechtslehre des 16. und 17. Jahrhunderts, *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, X, 1916-1917, notamment p. 235 ; et en particulier A. P. d'ENTREVES, *Natural Law*, Londres, 1951, p. 51 et suiv., et la remarque p. 56 sur le fait que « how all of a sudden we are faced with a doctrine which purposely sets out to construe civil society as the result of a deliberate act of will on the part of its components ». Voir également John C. H. WU, Natural Law and our Common Law, *Fordham Law Review*, XXIII, 1954, 21-22 : « The modern speculative, rationalistic philosophies of Natural Law are aberrations from the high road of scholastic tradition... They proceed *more geometrico.* »

27. A propos de Matthew Hale, voir en particulier J. G. A. POCOCK, *The Ancient Constitution and the Feudal Law*, Cambridge, 1957, chap. 7.

28. Voir la pertinente remarque de J. M. GUYAU, *La morale anglaise contemporaine*, Paris, 1879, p. 5 :

> Les disciples de Bentham comparent leur maître à Descartes. « Donnez-moi la matière et le mouvement, disait Descartes, et je ferai le monde » ; mais Descartes ne parlait que du monde physique, œuvre inerte et insensible... « Donnez-moi, peut dire à son tour Bentham, donnez-moi les affections humaines, la joie et la douleur, la peine et le plaisir, et je créerai un monde moral. Je produirai non seulement la justice, mais encore la générosité, le patriotisme, la philanthropie, et toutes les vertus aimables ou sublimes dans leur pureté et leur exaltation ».

29. Sur l'influence indirecte d'Edmund Burke sur l'Ecole historique allemande à travers les savants hanovriens Ernst Brandes et A. W. Rehberg, voir H. AHRENS, *Die Rechtsphilosophie oder das Naturrecht*, 4e éd., Vienne, 1852, p. 64 ; 1re éd. franç., Paris, 1838, p. 54 ; et plus récemment Gunnar REXIUS, Studien zur Staatslehre der histo-

rischen Schule, *Historische Zeitschrift*, CVII, 1911 ; Frieda BRAUN, *Edmund Burke in Deutschland*, Heidelberg, 1917 ; et Klaus EPSTEIN, *The Genesis of German Conservatism*, Princeton, 1966.

30. Voir Peter STEIN, *Regulae Iuris*, Edimbourg, 1966, chap. 3.

31. Voir Paul VINOGRADOFF, *The Teaching of Sir Henry Maine*, Londres, 1904, p. 8 :

> « He [Maine] approached the study of law mainly under the guidance of the German school of historical jurisprudence which had formed itself around Savigny and Eichhorn. The special disquisitions of *Ancient Law* on testament, contract, possession, etc., leave no doubt as to his close dependance on Savigny's and Puchta's writings. »

32. Sur les sources de la socio-anthropologie dans les philosophes de la société et du droit des XVIIIe et XIXe siècles, voir E. E. EVANS-PRITCHARD, *Social Anthropology*, Londres, 1915, p. 23 ; et Max GLUCKMAN, *Politics, Law and Ritual in Tribal Society*, New York, 1965, p. 17.

33. Outre des études récentes telles que J. W. BURROW, *Evolution and Society : A Study in Victorian Social Theory*, Cambridge, 1966 ; Bentley GLASS (recueil), *Forerunners of Darwin*, Baltimore, 1959 ; M. BANTON (recueil), *Darwinism and the Study of Society*, Londres, 1961 ; Betty M. MEGGERS (éditeur de la Société anthropologique de Washington), *Evolution and Anthropology : A Centennial Appraisal*, Washington, 1959; et C. C. GILLISPIE, *Genesis and Geology*, Cambridge, Massachusetts, 1951; voir notamment, sur l'influence de David Hume sur le grand-père de Charles Darwin, Erasmus Darwin, H. F. OSBORN, *From the Greeks to Darwin*, seconde édition, New York, 1929, p. 217; F. C. HABER, dans Bentley GLASS, recueil cité, p. 251; sur le fait que chacun des trois découvreurs indépendants de la théorie de l'évolution, Charles Darwin, Alfred Russel Wallace et Herbert Spencer en ont reçu la suggestion de la théorie sociale, voir J. Arthur THOMPSON, Darwin's predecessors, dans A. C. SEWARD (recueil), *Darwin and Modern Science*, Cambridge, 1909, p. 19; et sur Darwin en particulier, voir E. RADL, *Geschichte der biologischen Theorien*, II, Leipzig, 1909, p. 121.

Voir également C. S. PEIRCE, Evolutionary love (1893), réimprimé dans ses *Collected Papers*, publiés par C. HARTSHORN et P. WEISS, Cambridge, Mass., 1935, vol. 6, p. 293 : « *The Origin of Species* of Darwin merely extends politico-economic views of progress to the entire realm of animal and vegetable life. » Toute cette position a été bien résumée par Simon N. PATTEN, *The Development of English Thought*, New York, 1899, p. XXIII : « Just as Adam Smith was the last of the moralists and the first of the economists, so Darwin was the last of the economists and the first of the biologists. » Deux passages très connus de Sir Frederick POLLOCK méritent d'être à nouveau cités, le premier tiré des *Oxford Lectures and Other Discourses*, Londres, 1890, p. 41 :

> « The doctrine of evolution is nothing else than the historical method applied to the facts of nature, the historical method is nothing else than the doctrine of evolution applied to human societies and institutions. When Charles Darwin created the philosophy of natural history (for no less title is due to the idea which transformed the knowledge of organic nature from a multitude of particulars into a continuous whole) he was working in the same spirit and towards the same ends as the great publicists who, heeding his field as little as he heeded theirs, had laid in the patient study of historical facts the basis of a solid and rational philosophy of politics and law. Savigny, whom we do not yet know or honour enough, or our own Burke, whom we know

and honour, but cannot honour enough, were Darwinians before Darwin. In some measure the same may be said of the great Frenchman Montesquieu, whose unequal but illuminating genius was lost in a generation of formalists. »

Le second passage est tiré des *Essays in the Law*, Londres, 1922, p. 11 :

« *Ancient Law* et *The Origin of Species* were really the outcome in different branches, of one and the same intellectual movement — that which we associate with the word Evolution. »

La thèse qu'il y a eu des darwiniens avant Darwin a été avancée de cette façon par les linguistes August SCHLEICHER, *Die Darwinsche Theorie und die Sprachwissenschaft*, Weimar, 1867, et Max MÜLLER, Darwin's Philosophy of Language, *Fraser's Magazine*, VII, 1873, 662.

34. Il est même à craindre qu'en anthropologie sociale certains des avocats les plus enthousiastes de l'évolutionnisme, tels que les disciples de Leslie A. White, en combinant la légitime évolution « spécifique » avec ce qu'ils appellent l'évolution « générale » de la sorte décrite plus haut, n'en arrivent à discréditer à nouveau le point de vue évolutionniste renaissant : voir en particulier M. D. SAHLINS et E. R. SERVICE, *Evolution and Culture*, Ann Arbor, Michigan, 1960.

35. Voir C. H. WADDINGTON, *The Ethical Animal*, Londres, 1960 ; T. H. HUXLEY et Julian HUXLEY, *Evolution and Ethics, 1893-1943*, Londres, 1947 ; J. NEEDHAM, *Time : The Refreshing River*, Londres, 1943 ; et A. G. N. FLEW, *Evolutionary Ethics*, Londres, 1967.

36. Carl MENGER, *Problems of Economics and Sociology*, recueil par Louis SCHNEIDER, Urbana, Illinois, 1963, p. 94.

37. En tête de cette tradition l'on devrait probablement citer B. de SPINOZA et sa phrase souvent citée dans *Ethics* (Everyman edition, p. 187) que « He is a free man who lives according to the dictates of reason alone ».

38. VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique*, au mot « Loi », dans *Œuvres complètes de Voltaire*, éditées par Hachette, t. XVIII, p. 432 : « Voulez-vous avoir de bonnes lois ? Brûlez les vôtres et faites-en de nouvelles. »

39. R. A. PALMER, *The Age of Democratic Revolution*, vol. I, Princeton, 1959, p. 114.

40. Edmund BURKE, A vindication of natural society, préface à *Works*, Londres, 1808, p. 7.

41. Alexander HERZEN, *From the Other Shore*, publié par I. BERLIN, Londres, 1956, p. 28 et 141.

42. Hans REICHENBACH, *The Rise of Scientific Philosophy*, Berkeley, Calif., 1951, p. 141.

43. Cité dans John Maynard KEYNES, *Two Memoirs*, Londres, 1949, p. 97.

44. Voir J. PIAGET, *The Child's Conception of the World*, Londres, 1929, p. 359 :

« The child begins by seeking purpose everywhere and it is only secondarily that it is concerned with classing them as purposes of the things themselves (animism) and purposes of the makers of the things (artificialism).

45. C'est ce qu'à la suite d'auteurs plus anciens j'ai fait moi-même jadis. Pour les raisons qui me font maintenant considérer cette expression comme trompeuse, voir mon exposé sur Kinds of Rationalism, dans *SPPE*.

46. Voir mon article sur The primacy of the abstract, dans A. KOESTLER et J. R. SMITHIES (recueil), *Beyond Reductionism*, Londres, 1969.

47. Voir Gilbert RYLE, *The Concept of Mind*, Londres, 1949.

48. Voir G. W. F. HEGEL, *Philosophie der Weltgeschichte*, édité par G. LASSON, 3e éd., Leipzig, 1930, et reproduit dans *Gesellschaft, Staat, Geschichte*, édité par F. BÜLOW, Leipzig, sans date, p. 317 :

« Die Richtung die an der Abstraktion festhält, ist der *Liberalismus*, über den das Konkrete immer siegt, und gegen das er überall Bankrott macht. » Le passage ne figure pas dans les endroits correspondants des Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte, dans *Werke*, Berlin, 1837, vol. 9, ou dans la *Jubiläumsausgabe*, Stuttgart, 1928, vol. II, p. 556-557.

2. « KOSMOS » ET « TAXIS »

* Adam SMITH, *The theory of Moral Sentiments*, Londres, 1759, sixième partie, chap. 2, avant-dernier paragraphe. Il mérite d'être remarqué que ce passage contient quelques-uns des concepts de base et des termes dont nous aurons à nous servir tout au long de ce livre : l'idée d'un ordre spontané de la *Grande Société* faisant contraste avec un *arrangement* délibéré des éléments ; la distinction entre *coïncidence* et *opposition* entre les règles *(principes de mouvement)* inhérentes aux éléments et celles qui leur sont imposées par la législation ; et l'interprétation du processus social comme un *jeu* qui se déroulera avec aisance si les deux sortes de règles sont concordantes, mais produira le *désordre* si elles sont en conflit.

1. Voir mon essai sur The theory of complex phenomena, dans F. A. HAYEK, *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, Londres et Chicago, 1967, désigné ci-après par les initiales *SPPE*). Ce fut en fait d'abord entièrement en vertu de considérations méthodologiques que je fus conduit à reprendre l'usage du concept impopulaire d'« ordre » ; voir aussi F. A. HAYEK, *The Counter-Revolution of Science*, Chicago, 1952, p. 39 :

« Si les phénomènes sociaux ne présentaient aucun ordre sauf lorsqu'ils ont été consciemment modelés, il n'y aurait à vrai dire point de place pour une science théorique de la société ; et il n'y aurait, comme on l'a souvent prétendu, que des problèmes de psychologie. » Dans la discussion, ces temps derniers, le mot « système » est souvent employé dans le sens où j'emploie ici « ordre », mais ce dernier mot me semble toujours préférable.

2. Il semblerait que le concept d'ordre ait circulé dans la théorie politique à partir de saint Augustin. Voir en particulier son dialogue *Ordo*, dans l'édition de J.-P. MIGNE, *Patrologiae cursus completus sec. lat. 32/47*, Paris, 1861-1862, et dans une traduction allemande *Die Ordnung* par C. J. PEEL, 4e éd., Paderborn, 1966.

3. Voir L. S. STEBBING, *A Modern Introduction to Logic*, Londres, 1933, p. 228 : « When we know how a set of elements is ordered, we have a basis for inference. » Voir aussi Emmanuel KANT, *Werke* (Akademie Ausgabe), *Nachlass*, vol. 6, p. 669 : « Ordnung ist Zusammenfügung nach Regeln. »

4. Voir E. E. EVANS-PRITCHARD, *Social Anthropology*, Londres, 1951, p. 49 ; voir aussi, même ouvrage, p. 19 :

« It is evident that there must be uniformities and regularities in social life, that society must have some sort of order, or its membres could not live together. It is only because people know the kind of behaviour expected of them, and what kind of behaviour to expect from others, in the various situations of life, and coordinate their activities in submission to rules and

under the guidance of values that each and all are able to go about their affairs. They can make predictions, anticipate events, and lead their lives in harmony with their fellows because every society has a form or pattern which allows us to speak of it as a system, or structure, within which, and in accordance with which, its members live their lives. »

5. Voir L. S. Stebbing, ouvr. cité, p. 229 : « L'ordre est le plus *apparent* là où l'homme a été à l'œuvre. »

6. Voir J. Ortega y Gasset, *Mirabeau o el político*, 1927, dans *Obras Completas*, Madrid, 1947, vol. 3, p. 603 : « Orden non es una presión que desde fuera se ejerce sobre la sociedad, sin un equilibrio que se suscita en su interior. »

7. Voir H. von Foerster et G. W. Zopf, Jr. (publié par), *Principles of Self-Organization*, New York, 1962, et, sur la vision anticipée des principales conceptions de la cybernétique par Adam Smith, cf. G. Hardin, *Nature and Man's Fate*, New York, 1961, p. 54 ; et Dorothy Emmet, *Function, Purpose and Powers*, Londres, 1958, p. 90.

8. Voir H. Kuhn, Ordnung im Werden und Zerfall, dans H. Kuhn und F. Wiedmann (publié par), *Das Problem der Ordnung*, VI[e] Congrès allemand de Philosophie, Munich, 1960, édité à Meisenheim am Glan, 1962, notamment p. 17.

9. Voir Werner Jaeger, *Paideia : The Ideals of Greek Culture*, trad. G. Highet, vol. 1, 2[e] éd., New York, 1945, p. 110, à propos de « Anaximander of Miletus transferring the concept of *diké* from the social life of the city-state to the realm of nature... This is the original of the philosophical idea of cosmos ; for the word originally signified the *right order* in a state or in a community » ; et au même ouvrage, p. 179 : « So the physicist's cosmos became, by a curious retrogression in thought, the pattern of eunomia in human society. » Voir aussi du même auteur Praise of Law dans P. Sayre (publié par), *Interpretations of Modern Legal Philosophies : Essays in Honor of Roscoe Pound*, New York, 1947, notamment p. 358 :

> « A world thus 'justified' could be called rightly by another term taken over from the social order, a cosmos. That word occurs for the first time in the language of the Ionian philosophers ; by taking this step and extending the rule of *diké* to reality as a whole they clearly revealed the nature of Greek legal thought and showed that it was based on the relationship of justice to being. »

Et au même ouvrage, p. 361 :

> « The law on which it [the *polis*] was founded was not a mere decree but the *nomos*, which originally meant the sum total of that which was respected by all living custom with regard to what is right and wrong » ; et *ibid.*, p. 365, sur le fait que même pendant la période de dissolution de l'antique foi des Hellènes dans la Loi « the strict relationship of the *nomos* to the nature of the cosmos was not universally questioned ».

Pour Aristote, qui rattache le *nomos* à la *taxis* plutôt qu'au *kosmos* (cf. *Politics*, 1287 *a*, 18, et en particulier 1326 *a*, 30 : *ho te gar nomos taxis tis esti*), il est typiquement inconcevable que l'ordre résultant du *nomos* puisse déborder de ce que l'ordonnateur peut surveiller, « car qui commandera à la guerre cette multitude exagérément grossie ? Ou qui pourra lui servir de héraut, s'il n'a les poumons de Stentor ? ». La création d'un ordre dans une telle multitude est, à ses yeux, une tâche que seuls les dieux peuvent réaliser. Ailleurs (*Ethique*, IX, x, § 3), il soutient même qu'un Etat, c'est-à-dire une société ordonnée, qui compterait cent mille personnes, est une impossibilité.

10. Adam SMITH, *Wealth of Nations*, édition de E. CANNAN, vol. 1, p. 421.

11. Voir G. SARTORI, *Democratic Theory*, Detroit, 1962, p. 306 :

« Western man for two and a half millenia has sought liberty in the law... [yet] the widespread scepticism about the value of the juridical protection of liberty is not unjustified. The reason for this is that our conception of law has changed ; and that, as a consequence, law can no longer give us the protection that it did give us in the past. »

12. Voir PHILON D'ALEXANDRIE, *Quod omnis probus liber sit*, 452, 45, éd. LOEB, vol. IX, p. 36 : « Hosoi de meta nomou zosin, eleuteroi. » Sur la liberté dans la Grèce antique, voir en particulier Max POHLENZ, *The Idea of Freedom in Greek Life and Thought*, Dordrecht, 1962. En ce qui concerne Cicéron et le concept romain de la liberté en général, voir U. von LÜBTOW, *Blüte und Verfall der römischen Freiheit*, Berlin, 1953 ; Théo MAYER-MALY, Rechtsgeschichte der Freiheitsidee in Antike und Mittelalter, *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, N.F., VI, 1956 ; et G. CRIFO, Su alcuni aspetti della libertà in Roma, *Archivio Giuridico 'Filippo Serafini'*, 6e série, XXIII, 1958.

13. Voir R. W. SOUTHERN, *The Making of the Middle Ages*, New Haven, 1953, p. 107 et suiv. :

« The hatred of that which was governed, not by rule, but by will, went very deep in the Middle Ages... The higher one rose towards liberty, the more the area of action was covered by law, the less it was subject by will... Law was not the enemy of freedom ; on the contrary, the outline of liberty was traced by the bewildering variety of law which was slowly evolved during our period... High and low alike sought liberty by insisting on enlarging the number of rules under which they lived... It was only when the quality of freedom was articulated by being attached to the status of knight, burgess or baron that it could be observed, analysed and measured... Liberty is a creation of law, and law is reason in action ; it is reason which makes men, as we should say, ends in themselves. Tyranny, whether of King John or of the Devil, is a manifestation of the absence of law. »

14. Avec le plus d'insistance, sans doute, par Adam FERGUSON, *Principles of Moral and Political Science*, Edimbourg, 1792, vol. 2, p. 258 et suiv. :

« Liberty or freedom is not, as the origin of the name may seem to imply, an exemption from all restraint, but rather the most effectual application of every just restraint to all the members of a free state, whether they be magistrates or subjects.

It is under just restraints only that every person is safe, and cannot be invaded, either in the freedom of his person, his property, or innocent action... The establishment of a just and effectual government is of all circumstances in civil society the most essential to freedom : that every one is justly said to be free in proportion as the government under which he resides is sufficiently powerful to protect him, at the same time that it is sufficiently restrained and limited to prevent the abuse of this power. »

15. Daniel WEBSTER passe pour l'auteur de cette formule, que : « La liberté est la créature du droit, essentiellement différente de la licence admise qui outrepasse ce qui est juste » ; et Charles Evans HUGHES de celle-ci : « La liberté et le droit sont la même chose et ne peuvent être dissociés. » Il y a bien d'autres expressions semblables chez les juristes continentaux du dernier siècle, par exemple Charles BEUDANT, *Le droit*

individuel et l'Etat, Paris, 1891, p. 5 : « Le droit, au sens le plus général du mot, est la science de la liberté » ; et Karl BINDING qui a soutenu en certain endroit que : « Das Recht ist eine Ordnung menschlicher Freiheit. »

16. Voir J. BENTHAM, Principles of the civil code, dans *Theory of Legislation*, publié par C. K. OGDEN, Londres, 1931, p. 98 : « Laws cannot be made except at the expense of liberty. » De même dans *Deontology*, Londres et Edimbourg, 1834, vol. 2, p. 59 :

   « There are few words which, with its derivations, have been more mischievous than this word liberty. When it means anything beyond caprice and dogmatism, it means good government ; and if good government had had the good fortune to occupy the same place in the public mind which has been occupied by liberty, the crimes and follies which have disgraced and retarded the progress of political improvement would hardly have been committed. The usual definition of liberty — that it is the right to do everything that the law does not forbid — shows with what carelessness words are used in ordinary discourse or composition ; for if the laws are bad, what becomes of liberty ? And if the laws are good, where is its value ? Good laws have a definite intelligible meaning ; they pursue an evidently useful end by obviously appropriate means. »

17. Voir, par exemple, Jean SALVAIRE, *Autorité et liberté*, Montpellier, 1932, p. 65 et suiv., qui soutient que « la complète réalisation de la liberté n'est, en fait, rien d'autre que l'abolition complète de la loi... Loi et liberté sont exclusives l'une de l'autre ».

18. Edmund BURKE, Letter to W. Elliot (1795), dans *Works*, Londres, 1808, vol. 7, p. 366 :

   « These analogies between bodies natural and politic, though they may sometimes illustrate arguments, furnish no arguments for themselves. They are but too often used under the coulour of a specious philosophy, to find apologies for the dispair of laziness and pusillanimity, and to excuse the want of all manly efforts, when the exigencies of our country call for them the more loudly. »

19. Pour un emploi caractéristique du contraste entre « organisme » et « organisation », voir Adolf WAGNER, *Grundlegung der politischen Oeconomie, I. Grundlagen der Volkswirtschaft*, Leipzig, 1876, § 149 et § 299.

20. Voir Emmanuel KANT, *Kritik der Urteilskraft*, Berlin, 1790, 2e partie, section 1, § 65 n. : « So hat man sich bei eine neuerlich unternommenen gänzlichen Umbildung eines grossen Volkes zu einem Staat des Wortes *Organisation* haüfig für Einrichtung der Magistraturen usw. und selbst des ganzen Staatskörpers sehr schicklich bedient. »

21. Voir H. BALZAC, Autre étude de femme, dans *La Comédie humaine*, éd. de La Pléiade, vol. 3, p. 226 : « Organiser, par exemple, est un mot de l'Empire et qui contient Napoléon tout entier. »

22. Voir par exemple le journal publié par H. de SAINT-SIMON et Auguste COMTE dénommé *Organisateur*, réimprimé dans *Œuvres de Saint-Simon et d'Enfantin*, Paris, 1865-1878, vol. 20, notamment p. 220, où le but de l'ouvrage est défini comme : « d'imprimer au XIXe siècle le caractère organisateur ».

23. Voir en particulier Louis BLANC, *Organisation du travail*, Paris, 1839, et H. AHRENS, *Rechtsphilosophie*, 4e éd., Vienne, 1852, à propos d' « organisation » comme le mot magique des communistes et socialistes ; voir également Francis LIEBER, Anglican

and Gallican liberty (1848), dans *Miscellaneous Writings*, Philadelphie, 1881, vol. 2, p. 385 :

> « The fact that Gallican liberty expects everything from *organization*, while Anglican liberty inclines to development, explains why we see in France so little improvement and expansion of institutions ; but when improvements are attempted, a total abolition of the preceding state of things — a beginning *ab ovo* — a rediscussion of the first elementary principles. »

24. Voir Ernest RENAN, L'avenir de la science (1890), dans *Œuvres complètes*, Paris, 1949, vol. 3, p. 757 : « ORGANISER SCIENTIFIQUEMENT L'HUMANITÉ, tel est donc le dernier mot de la science moderne, telle est son audacieuse mais légitime prétention. »

25. Voir *Shorter Oxford Dictionary*, au mot « organization », d'où il ressort cependant que le terme était déjà employé par John Locke.

26. Jean LABADIE (publié par), *L'Allemagne a-t-elle le secret de l'organisation ?*, Paris, 1916.

27. Voir Dwight WALDO, Organization theory : an elephantine problem, *Public Administration Review*, XXX, 1961, et réimprimé dans *General Systems, Yearbook of the Society for General System Research*, VII, 1962, dont le volume précédent contient une utile collection d'articles sur la théorie de l'organisation.

3. PRINCIPES ET EXPÉDIENTS

* Constitution de l'Etat de Caroline du Nord. L'idée est probablement tirée des *Essays* de David HUME, dans *Works*, III, p. 482 : « A government, says Machiavelli, must often be brought back to its original principles. » Une précédente version de ce chapitre a paru dans *Towards Liberty, Essays in Honor of Ludwig von Mises*, Menlo Park, Californie, 1971, vol. 1.

1. Voir F. A. HAYEK, *The Constitution of Liberty*, Londres et Chicago, 1960.

2. Adam SMITH, *Wealth of Nations*, éd. par E. CANNAN, Londres, 1930, vol. 2, p. 184 ; voir aussi John LOCKE, *Second Treatise on Government*, éd. par P. LASLETT, Cambridge, 1960, section 22 : « A liberty to follow my own will in all things, where the rules prescribe not. »

3. Voir A. V. DICEY, *Lectures on the Relation between Law and Public Opinion during the Nineteenth Century*, Londres, 1914, p. 257 :

> « The beneficial effect of State intervention, especially in the form of legislation, is direct, immediate, and so to speak visible, whilst its evil effects are gradual and indirect, and lie outside our sight... Hence the majority of mankind must almost of necessity look with undue favour upon government intervention. This natural bias can be counteracted only by the existence, in a given society... of a presumption or prejudice in favour of individual liberty, that is of *laissez-faire*. »

Semblablement, E. KÜNG, *Der Interventionismus*, Berne, 1941, p. 360 : « Die günstigen und gewollten Nachwirkungen der meisten wirtschaftspolitischen Massnahmen treten kurz nach ihrer Inkraftsetzung auf, die manchmal schwerer wirkenden Fernwirkungen erst später. »

4. Ainsi qu'il a été prêché, avec de tels effets à longue portée sur les intellectuels américains, par John DEWEY : voir par exemple son essai Force and Coercion, *Interna-*

tional Journal of Ethics, XVI, 1916, en particulier p. 362. « Whether the use of force is justified or not... is, in substance, a question of efficiency (including economy) of means in the accomplishment of ends. »

5. Benjamin CONSTANT, De l'arbitraire, dans *Œuvres politiques*, éd. de C. LOUANDRE, Paris, 1874, p. 71 et 72.

6. Frédéric BASTIAT, *Ce qu'on voit et ce qu'on ne voit pas en économie politique*, Paris, 1850, traduction en anglais dans ses *Selected Essays in Political Economy*, édités par G. B. de HUSZAR, Princeton, 1964, son dernier et plus brillant essai.

7. Carl MENGER, *Problems of Economics and Sociology*, éd. L. SCHNEIDER, Urbana, Illinois, 1963.

8. Voir W. Y. ELLIOTT, *The Pragmatic Revolt in Politics*, New York, 1928.

9. Sur ces lignes, particulièrement R. A. DAHL et Charles LINDBLOM, *Politics, Economics, and Welfare*, New York, 1953, p. 3 à 18, par exemple p. 16 : « Techniques and not « isms » are the kernel of rational action in the Western world. Both socialism and capitalism are dead. » C'est précisément là la cause de notre dérive.

10. Londres et Chicago, 1944.

11. Voir la préface à W. S. JEVONS, *The State in Relation to Labour*, Londres, 1882.

12. Herbert SPENCER, *Justice : Being Part IV of the Principles of Ethics*, Londres, 1891, p. 44.

13. J. A. SCHUMPETER, *History of Economic Analysis*, New York, 1954, p. 394.

14. Adam SMITH, ouvr. cité, vol. 1, p. 435.

15. Voir par exemple, Max WEBER, *On Law in Economy and Society*, édité par Max RHEINSTEIN, Cambridge, Massachusetts, 1954, p. 298.

16. Voir les essais sur *Capitalism and the Historians* par divers auteurs, recueil publié par F. A. HAYEK, Londres et Chicago, 1953.

17. David HUME, Essays, in *Works*, III, p. 125, et comparer les passages de J. S. MILL et Lord KEYNES cités p. 113 et dans la note 14 du chapitre 6 de mon livre *The Constitution of Liberty* ; à quoi l'on peut maintenant ajouter une phrase similaire de G. MAZZINI que j'ai vue citée sans indication de source : « Les idées mènent le monde et ses événements. Une révolution est le passage d'une idée de la théorie à la pratique. Quoi que les gens en disent, les intérêts matériels n'ont jamais causé et ne causeront jamais une révolution. »

18. C'est pourquoi aussi ce ne fut pas — comme J. A. SCHUMPETER le suggéra aimablement dans un compte rendu bibliographique de *The Road to Serfdom* paru dans le *Journal of Political Economy*, XIV, 1946 — « un excès de courtoisie » mais une profonde conviction sur ce que sont les facteurs décisifs, qui a fait que ce livre « n'impute pratiquement jamais aux adversaires rien de plus que l'erreur intellectuelle ».

19. Comme l'a écrit Georges DAHM, l'un des disciples de Carl Schmitt, dans son compte rendu du livre de SCHMITT, *Drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hambourg, 1934, pour la *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, XCV, 1935, p. 181, tous les travaux de Schmitt « sind von Anfang an auf ein bestimmtes Ziel gerichtet gewesen : die Entlarvung und Zerstörung des liberalen Rechtsstaates und die Überwindung des Gesetzgebungsstaates ». Le commentaire le plus approprié sur Schmitt a été

apporté par Johannes HUIZINGA, *Homo Ludens*, 1944, traduction en anglais, Londres, 1947, p. 209 :

« I know of no sadder and deeper fall from human reason than Schmitt's barbarous and pathetic delusion about the friend-foe principle. His inhuman cerebrations do not even hold water as a piece of formal logic. For it is not war that is serious, but peace... Only by transcending this pitiable friend-foe relationship will mankind enter into the dignity of man's estate. Schmitt's brand of « seriousness » merely takes us back to the savage level. »

20. Voir Carl SCHMITT, ouvr. cité, p. 11 et suiv.

4. TRANSFORMATIONS DE L'IDÉE DE DROIT

* Julius Paulus, juriste romain du IIIe siècle de l'ère chrétienne, dans le *Digeste* 50, 17, I : « Ce qui est juste ne découle pas de la règle, mais la règle provient de notre connaissance de ce qui est juste. » Voir aussi la remarque du glossateur du XIIe siècle, François ACCURSE, dans sa *Grande Glose du Digeste*, I, 1, 1, 9e proposition : « Le droit vient de la justice, comme de sa mère, donc la justice existait avant le droit. » Sur tous les problèmes complexes que nous discuterons dans ce chapitre, voir Peter STEIN, *Regulae Iuris*, Edimbourg, 1966, notamment p. 20 : « In origin, *lex* was declaratory of *ius*. »

1. Bernard REHFELD, *Die Wurzeln des Rechts*, Berlin, 1951, p. 67 :

« Das Auftauchen des Phänomens der Gesetzgebung... bedeutet in der Menschheitsgeschichte die Erfindung der Kunst, Recht und Unrecht zu *machen*. Bis dahin hatte mann geglaubt, Recht nicht setzen, sonder nur anwenden zu können als etwas, das seit jeher war. An dieser Vorstellung gemessen ist die Erfindung der Gesetzgebung vielleicht die folgenschwerste gewesen, die je gemacht wurde — folgenschwerer als die des Feuers oder des Schiesspulvers — denn am stärksten von allen hat sie das Schicksal des Menschen in seine Hand gelegt. »

2. Cette illusion, caractéristique de bien des penseurs de notre époque, a été exprimée par Lord Keynes dans une lettre qu'il m'adressa le 28 juin 1944, citée par R. F. HARROD, *The Life of John Maynard Keynes*, Londres, 1951, p. 436, dans laquelle, commentant mon livre *The Road to Serfdom*, il disait que « dangerous acts can be done safely in a community which thinks and feels rightly, which would be the way to hell if they were executed by those who think and feel wrongly ».

3. David HUME, *Treatise*, II, p. 306 :

« But, though it be possible for men to maintain a small uncultivated society without government, it is impossible they should maintain a society of any kind without justice, and the observance of the three fundamental laws concerning the stability of possession, translation by consent, and the performance of promises. They are therefore antecedent to government. »

Voir aussi Adam FERGUSON, *Principles of Moral and Political Science*, Edimbourg, 1792, vol. 1, p. 262 :

« The first object of concert and convention, on the part of man, is not to give society existence, but to perfect the society in which he finds himself already by nature placed ; not to establish subordination, but to correct the abuse of subordination already established. And that material, on which the

political genius of men is to work, is not, as poets have figured, a scattered race, in a state of individuality to be collected together intro troops, by the charms of music or the lessons of philosophy. But a material much nearer to the point to which the political act would carry it, a troop of men by mere instinct assembled together ; placed in the subordinate relation of parent and child, of noble and plebeian, if not of rich and poor, or other adventitious, if not original distinction, which constitutes, in fact, a relation of power and dependence, by which a few are in condition to govern the many, and a part has an ascendance over the whole. »

et Carl MENGER, *Problems of Economics and Sociology*, Urbana, Ill., 1963, en particulier p. 227 :

« National law in its most original form is thus, to be sure, not the result of a contract or of reflection aiming at the assurance of common welfare. Nor is it, indeed, given with the nation, as the historical school asserts. Rather, it is older than the appearance of the latter. Indeed, it is one of the strongest ties by which the population of a territory becomes a nation and achieves state organization. »

4. Voir Gilbert RYLE, Knowing how and knowing that, *Proceedings of the Aristotelian Society, 1945-1946*, et *The Concept of Mind*, Londres, 1949, chap. 2 ; voir aussi mon essai Rules, perception and intelligibility, *Proceedings of the British Academy*, XLVIII, 1962, reproduit dans mes *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, Londres et Chicago, 1967 *(SPPE)*.

5. Voir Sten GAGNÈR, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, Uppsala, 1960 ; Alan GEWIRT, *Marsilius of Padua, Defender of Peace*, New York, 1951 et 1956 ; et T. F. T. PLUCKNETT, *Statutes and their Interpretation in the First Half of the Fourteenth Century*, Cambridge, 1922.

6. Voir mon essai Notes sur l'évolution des règles de conduite, dans *SPPE*.

7. L'exemple le mieux documenté et le plus complètement étudié du développement de traditions « culturelles » distinctes parmi des groupes séparés de la même espèce animale est celui des singes macaques du Japon qui, à une époque relativement récente, se sont trouvés dissociés par l'extension des exploitations rurales, en des groupes distincts qui paraissent avoir rapidement acquis des traits culturels clairement discernables. Voir sur ce sujet J. E. FRISCH, Research on primate behaviour in Japan, *American Anthropologist*, LXI, 1959; F. IMANISHI, Social Behavior in Japanese monkeys : « Macaca fuscata », *Psychologia*, I, 1957; et S. KAWAMURA, The process of sub-cultural propagation among Japanese macaques, publié dans C. H. SOUTHWICK, *Primate Social Behavior*, Princeton, 1963.

8. V. C. WYNNE-EDWARDS, *Animal Dispersion in Relation to Social Behaviour*, Edimbourg, 1966, p. 456 ; voir aussi *ibid.*, p. 12 :

« The substitution of a parcel of ground as the object of competition in place of the actual food it contains so that each individual or family unit has a separate holding of the resource to exploit, is the simplest and most direct kind of limiting convention it is possible to have... Much space is devoted in later chapters to studying the almost endless variety of density limiting factors... The food territory just considered is concrete enough... We shall find that abstract goals are especially characteristic of gregarious species. »

et au même ouvrage, p. 190 :

« There is little new in this situation so far as mankind is concerned, except in degree of complexity ; all conventional behaviour is inherently social and

moral in character ; and so far from being an exclusively human attribute, we find that the primary code of conventions evolved to prevent population density from exceeding the optimum, stems not only from the lowest vertebrate classes, but appears well established among the invertebrate phyla as well. »

9. David Lack, *The Life of the Robin*, éd. révisée, Londres, 1946, p. 35.

10. Outre les ouvrages bien connus de Konrad Z. Lorenz et N. Tinbergen, voir I. Eibl-Eibesfeldt, *Grundlagen der vergleichenden Verhaltensforschung — Ethologie* Munich, 1967 ; et Robert Ardrey, *The Territorial Imperative*, New York, 1966.

11. Voir J. Rawls, Justice as fairness, *Philosophical Review*, LXVII, 195.

12. Voir par exemple la description dans Konrad S. Lorentz, *King Solomon's Ring*, Londres et New York, 1952, p. 188, citée ultérieurement dans le présent chapitre.

13. Voir mon essai The primacy of the abstract, dans A. Koestler et J. R. Smithies (publié par), *Beyond Reductionism : New Perspectives in the Life Sciences*, Londres, 1969.

14. Voir les travaux de Noam Chomsky, notamment *Current Issues in Linguistic Theory*, La Haye, 1966 ; et Kenneth L. Pike, *Language in Relation to a Unified Theory of the Structure of Human Behaviour*, La Haye, 1967.

15. Voir Michael Polanyi, *Personal Knowledge*, Londres et Chicago, 1958, en particulier les chapitres 5 et 6 sur « Les talents » et « L'énonciation », et mon essai Rules, perception and intelligibility, dans *SPPE*.

16. Peut-être faut-il explicitement remarquer que la distinction entre règles formulées et règles tacites n'est pas la même que celle, plus familière, entre le droit écrit et non écrit — ni dans le sens littéral de ces mots, ni dans le sens où le produit de l'activité législative est parfois dénommé droit écrit, en contraste avec le droit coutumier *(Common law)*. Des lois non écrites transmises oralement peuvent être pleinement énoncées et l'ont souvent été. Toutefois un système tel que celui de la *Common Law* permet de prendre en compte des règles non encore explicitées, qui seront souvent formulées en termes explicites par un juge, exprimant ce qu'il considère à juste titre comme le droit en vigueur.

17. Konrad Z. Lorenz, ouvr. cité, p. 188.

18. Voir mon exposé sur *Die Irrtümer des Konstruktivismus und die Grundlagen legitimer Kritik gesellschaftlicher Gebilde*, Munich et Salzbourg, 1970, p. 24 et suiv.

19. Voir S. N. Kramer, *History begins at Sumer*, New York, 1952, p. 52.

20. Cela n'empêcha évidemment point que ces hommes venus plus tard soient considérés comme ayant créé ce droit, parce qu'ils l'avaient codifié. Voir John Burnett, Law and nature in Greek ethics, *International Journal of Ethics*, VII, 1897, p. 332 :

« But a code of law framed by a known law-giver, a Zalenkos or a Charondas, a Lykurgus or a Solon, could not be accepted in this way as part of the everlasting order of things. It was clearly « made », and, therefore, from the point of view of « *physis* », artificial and arbitrary. It seemed as if it might just as well have been made otherwise or not at all. A generation which had seen laws in the making could hardly help asking whether all morality had not been « made » in the same way. »

21. A. H. M. Jones, *Athenian Democracy*, Oxford, 1957, p. 52.

22. Voir Lord Acton, *History of Freedom*, Londres, 1907, p. 12 :

« On a memorable occasion the assembled Athenians declared it monstrous that they should be prevented from doing whatever they chose ; no force

that existed could restrain them, and they resolved that no duty should restrain them, and they would be bound by no laws that were not of their own making. In this way the emancipated people of Athens became a tyrant. »

23. ARISTOTE, *Politique*, IV, IV, 4, 1292 *a*, éd. LOEB, p. 305 :

« Et cela semblerait une critique raisonnable de dire qu'une telle démocratie n'est pas du tout une constitution ; car là où les lois ne sont pas souveraines il n'y a point de constitution, puisque la loi doit gouverner toutes choses cependant que les magistrats gouvernent les situations particulières, et que c'est cela que nous devons appeler un gouvernement constitutionnel ; si donc la démocratie est réellement une forme parmi les formes de constitution, il est manifeste qu'une organisation de ce genre, où toutes choses sont administrées par des résolutions de l'assemblée, n'est pas même une démocratie au sens propre, car il est impossible qu'une résolution votée soit une règle universelle. »

24. Max KASER, *Römischer Rechtsgeschichte*, Göttingen, 1950, p. 54.

25. *Ibid.*, voir également Max RHEINSTEIN, Process and change in the cultural spectrum coincident with expansion : government and law, publié par C. H. KRAELING et R. M. ADAMS dans *City Invincible*, Chicago, 1960, p. 117 :

« The notion that valid norms of conduct might be established by way of legislation was peculiar to later states of Greek and Roman history ; in Western Europe it was dormant until the discovery of Roman law and the rise of absolute monarchy. The proposition that all law is the command of a sovereign is a postulate engendered by the democratic ideology of the French Revolution that all law had to emanate from the duly elected representatives of the people. It is not, however, a true description of reality, least of all in the countries of the Anglo-Saxon Common Law. »

Sur Rome en particulier voir Theodor MOMMSEN, *Abriss des römischen Staatsrechts*, Leipzig, 1893, p. 319 : « Aber auch mit Hinzuziehung der Bürgerschaft hat der Magistrat der bestehenden Rechtsordnung gegenüber keinesweg freie Hand. Im Gegenteil gilt diese, als nicht durch die Comitien Geschaffen, auch nicht als von ihrem Belieben abhängig, vielmehr als ewig und unveränderlich. »

26. Peter STEIN, ouvr. cité, p. 20 : « The Romans did not resort readily to legislation in matters of private law. »

27. Voir W. W. BUCKLAND et A. D. MAC NAIR, *Roman Law and Common Law*, Cambridge, 1936.

28. Outre les auteurs cités dans F. A. HAYEK, *The Constitution of Liberty*, Londres et Chicago, 1960, p. 163 et n. 5 et 6, voir R. SOHM, *Fränkische Reichs- und Gerichtsverfassung*, Weimar, 1871, p. 102 : « Das Volksrecht ist *das* Recht des deutschen Rechts. Das Volksrecht ist das Stammesgewohnheitsrecht. Die Gesetzgebende Gewalt ist in der Staatsgewalt nicht enthalten. Die capitula sind nicht Rechtsnormen, sondern Norm für die Ausübung der Königlichen Gewalt » ; J. E. A. JOLLIFFE, *The Constitutional History of Medieval England from the English Settlement to 1485*, 2e éd., Londres, 1947, p. 334 :

« Until well into the thirteenth century the primitive conception of a society living within the frame of an inherited law had deprived the king of the quality of law-maker and restricted the *commune consilium* to recognition of custom, and participation in adjustments of right and procedure by way of assize. Vital changes were, no doubt, made, but they were made in such a way as to obscure their real nature as legislative change. »

Une note en bas de page relative à ce passage indique que Bracton ne considérait comme admissible que de *legem in melius convertire* mais non de *legem mutare*. Une conclusion analogue est à trouver dans F. FICHTENAU, *Arenga, Spätantike und Mittelalter im Spiegel von Urkundenformeln*, Graz et Cologne, 1957, p. 178 : « Früher war dem Herrscher allein das leges custodire aufgegeben gewesen. Recht und Gesetz standen ja über ihm und das Neue musste stets im Alten seine Begründung finden. »

29. Fritz KERN, *Kingship and Law in the Middle Ages*, trad. par S. B. CHRIMES, Londres, 1939, p. 151 ; G. BARRACLOUGH, *Law Quarterly Review*, LVI, 1940, p. 76, estime que cet ouvrage représente « deux essais remarquables dont les conclusions, bien qu'elles puissent être modifiées ou limitées, ne seront certainement jamais contestées ».

30. Voir notamment Sten GAGNÈR, ouvr. cité.

31. Je crois que ce passage, dont j'ai perdu la référence, est de F. W. MAITLAND. Voir aussi A. V. DICEY, *Law of the Constitution*, 9e éd., Londres, 1939, p. 370 :

« A lawyer, who regards the matter from an exclusively legal point of view, is tempted to assert that the real subject in dispute between statesmen such as Bacon and Wentworth on the one hand, and Coke or Eliot on the other, was whether a strong administration of the Continental type should, or should not, be permanently established in England. »

32. Voir W. S. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, vol. 5, Londres, 1924, p. 439 :

« It was in Coke's writings that this [conception of the supremacy of the common law] and other mediaeval conceptions were given their modern form ; and therefore it is largely owing to the influence of his writings that these mediaeval conceptions have become part of our modern law. If their influence upon some parts of our modern law has not been wholly satisfactory, let us remember that they saved Englishmen from a criminal procedure allowed to use torture, and that they preserve for England and the world the constitutional doctrine of the rule of law. »

33. Cité par W. S. HOLDSWORTH, *Some lessons from Legal History*, Londres, 1928, p. 18.

34. Voir David HUME, *Essays*, Londres, 1875, vol. 2, p. 274 :

« All the laws of nature, which regulate property, as well as civil laws, are general and regard only some essential circumstances of the case, without taking into consideration the characters, situations, and connexions of the persons concerned, or any particular consequences which may result from the determination of these laws, in any particular case which offers. They deprive, without scruple, a beneficient man of all his possessions, if acquired by mistake, without a good title ; in order to bestow them on a selfish miser who has already heaped up immense stores of superfluous riches. Public utility requires that property should be regulated by general inflexible rules ; and though such rules are adopted that best serve the same end of public utility, it is impossible for them to prevent all particular hardships, or make beneficial consequences result from every individual case. It is sufficient if the whole plan or scheme be necessary to the support of the civil society, and if the balance of good, in the main, do thereby preponderate much above that of evil. »

35. Les raisons pour lesquelles, même dans les temps modernes, il convient de s'en remettre, pour le développement du droit, au processus graduel de la jurisprudence et de l'interprétation des spécialistes, ont été présentées de façon convaincante par feu Bruno LEONI, *Liberty and the Law*, Princeton, 1961. Mais bien que son raisonnement soit un antidote efficace contre l'orthodoxie dominante selon laquelle seule

la législation peut ou doit changer la loi, il ne m'a pas convaincu que nous puissions nous passer de la législation, même dans le champ du droit privé auquel il pense principalement.

36. Voir W. S. JEVONS, *The State in Relation to Labour*, Londres, 1882, p. 33 : « The great lesson we learn [from 650 years of legislation of English Parliaments] is that legislation with regard to labour has almost always been class-legislation. It is the effort of some dominant body to keep down a lower class, which had begun to show inconvenient aspirations. »

37. H. KELSEN, *What is Justice ?*, Berkeley, Californie, 1957, p. 21.

38. F. W. MAITLAND, *Constitutional History of England*, Cambridge, 1908, p. 382.

39. Voir David HUME, ouvr. cité, vol. I, p. 125 : « Though men be much governed by interest, yet even interest itself, and all human affairs, are entirely governed by opinion. »

5. « NOMOS » : LE DROIT DE LA LIBERTÉ

* STRABON, *Geography*, 10, 4, 16, dans l'édition LOEB par H. L. JONES, vol. 5, p. 145. Alors que Strabon vivait au début de notre ère, Ephore de Kyme, qu'il cite et dont ne nous sont parvenus que des fragments d'ouvrages, vécut environ de 400 à 330 avant J.-C.

1. Voir par exemple ce qu'écrivit le grammairien Servius au IVe siècle avant notre ère (cité par P. STEIN, *Regulae Iuris*, Edimbourg, 1966, p. 109) : « Ius generale est, sed lex species, ius ad non scriptum pertinet, leges ad ius scriptum. » Il a été suggéré avec quelque raison (par Alvaro d'ORS, *De la Guerra, de la Paz*, Madrid, 1954, p. 160, cité par Carl SCHMITT, *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Berlin, 1958, p. 427) que ce fut grand dommage que Cicéron ait traduit le terme grec *nomos* par *lex* au lieu d'employer *ius*. Qunt à l'usage du terme *lex* par CICÉRON, voir en particulier *De Legibus*, II, V-VI, édition LOEB par C. W. KEYES, Londres, 1929, p. 384 à 386 : « Est lex iustorum iniustorumque distinctio... nec vero jam aliam esse ullam legem puto non modo habendam, sed ne appellandam quidem. »

2. Voir la phrase souvent citée de H. TRIEPEL dans *Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für W. Kahl*, Tübingen, 1923, p. 93 : « Heilig is nicht das Gesetz, heilig is nur das Recht, und das Recht steht über dem Gesetz. »

3. Voir les passages de David Hume, Adam Ferguson et Carl Menger cités au chapitre 4, note 3, du présent livre.

4. Voir H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, 1961.

5. Voir James Coolidge CARTER, *Law, Its Origin, Growth and Function*, New York et Londres, 1907, p. 59 : « All complaints by one man against another, whether of a civil or criminal nature, arose from the fact that something had been done *contrary to the complainant's expectations of what should have been done.* » Voir au même ouvrage, p. 331 :

> « The great general rule governing human action at the beginning, namely that it must conform to fair expectations, is still the scientific rule. All the forms of conduct complying with this rule are consistent with each other and become the recognized customs. All those inconsistent with it are stigmatized

as bad practices. The body of custom therefore tends to become a harmonious system. »

Sur cet important ouvrage qui n'est pas connu comme il le mérite, voir M. J. GRONSON, The juridical evolutionism of James Coolidge Carter, *University of Toronto Law Journal*, 1953.

6. Roscoe POUND, *Jurisprudence*, vol. 1, New York, 1959, p. 371.

7. Comme nous aurons fréquemment à parler d'un « groupe qui l'emporte sur d'autres », il convient sans doute de souligner que cela ne se réfère pas nécessairement à une victoire dans un heurt de forces, et ne signifie pas même nécessairement que les membres d'un tel groupe évinceront des individus membres d'autres groupes. Il est bien plus vraisemblable que le succès d'un groupe attirera des membres des autres, qui seront ainsi incorporés dans celui-là. Quelquefois le groupe efficace deviendra une aristocratie à l'intérieur d'une société donnée, et il en résultera que le reste modèlera sa conduite à l'exemple de l'élite. Mais dans toutes ces situations, les membres du groupe le plus efficace ignoreront souvent à quelle particularité ils doivent leur succès et négligeront de développer ce trait faute de savoir ce qui en dépend.

8. Plusieurs des premiers théoriciens du droit naturel étaient parvenus très près de la conscience d'une telle relation entre les règles de droit et l'ordre des activités dont elles permettent l'apparition. Voir Roscoe POUND, *Interpretations of Legal History*, New York, 1923, p. 5 :

   « In fact jurist or text-writer or judge or legislator, working under the theory of natural law, measured all situations and sought to solve all difficulties by referring them to an idealized picture of the social order of the time and place and a conception of the aims of law in terms of that order... Accordingly the ideal of the social order was taken to be the ultimate reality of which legal institutions and rules and doctrines were but reflections or declarations. »

   La conception médiévale d'un ordre social était, toutefois, encore largement celle du statut particulier des différents individus ou des classes ; et seuls certains des derniers scolastiques espagnols se rapprochèrent d'une conception où un ordre abstrait reposerait sur une loi uniformément applicable à tous.

9. Pour l'usage de ce terme par les derniers scolastiques espagnols, voir C. von KALTENBORN, *Die Vorläufer des Hugo Grotius*, Leipzig, 1848, p. 146. L'idée que la justice concerne uniquement l'action dirigée vers autrui remonte cependant au moins à ARISTOTE, *Nicomachean Ethics*, V, 1, 15-20, édition LOEB, p. 256-259.

10. Ceci est une objection valable à la manière dont j'ai traité le sujet dans *The Constitution of Liberty*, Londres et Chicago, 1960, et j'espère que la présente explication satisfera les critiques qui ont signalé ce défaut, tels que Lord ROBBINS (*Economica*, février 1961), J. C. REES (*Philosophy*, 38, 1963) et R. HAMOWY (*The New Individualist Review*, I (I), 1961).

11. Ceci, évidemment, est impliqué dans la formule d'Emmanuel Kant (et d'Herbert Spencer) à propos de l' « égale liberté d'autrui », seul motif légitime d'une restriction de la liberté par la loi. Sur toute cette question, voir John RAWLS, *A Theory of Justice*, Oxford, 1972.

12. Voir P. A. FREUND, Social justice and the law, publié dans R. B. BRANDT, *Social Justice*, New York, 1962, p. 96 : « Reasonable expectations are more generally the ground rather than the product of law. »

13. Heinrich DERNBURG, *Pandekten*, 2e éd., Berlin, 1888, p. 85 : « Die Lebensverhältnisse tragen, wenn auch mehr oder weniger entwickelt, ihr Mass und ihre Ordnung in sich. Diese den *Dingen innewohnende Ordnung* nennt man Natur der Sache. Auf sie muss der denkende Jurist zurückgehen, wo es an einer positiven Norm fehlt oder wenn dieselbe unvollständig oder unklar ist. »

14. Voir O. W. HOLMES, Jr., *The Common Law*, New York, 1963, p. 7 :

> « The life of law has not been logic, it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, institutions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have a good deal more to do than syllogisms in determining the rules by which men should be governed. The law embodies the story of a nation's development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics. »

Voir également Roscoe POUND, *Law and Morals*, Chapel Hill, NC, 1926, p. 97 : « The problem of law is to keep conscious free-willing beings from interference with each other. It is so to order them that each shall exercise his freedom in a way consistent with the freedom of all others, since all others are to be regarded equally as ends in themselves. »

15. Paul VAN DER EYCKEN, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Bruxelles et Paris, 1907, p. 401 :

> « On regardait précédemment le droit comme le produit de la volonté consciente du législateur. Aujourd'hui on voit en lui une force naturelle. Mais si l'on peut attribuer au droit l'épithète de naturel, c'est, nous l'avons dit, dans un sens bien différent de celui qu'avait autrefois l'expression de « droit naturel ». Elle signifiait alors que la nature avait imprimé en nous, comme un élément même de la raison, certains principes dont la foule des articles des codes n'étaient que les applications. La même expression doit signifier actuellement que le droit résulte des relations de fait entre les choses. Comme ces relations elles-mêmes, le droit naturel est en travail perpétuel... Le législateur n'a de ce droit qu'une conscience fragmentaire ; il la traduit par les prescriptions qu'il édicte. Lorsqu'il s'agira de fixer le sens de celles-ci, où faudra-t-il le chercher ? Manifestement à leur source : c'est-à-dire dans les exigences de la vie sociale. La probabilité la plus forte de découvrir le sens de la loi se trouve là. De même, lorsqu'il s'agira de combler les lacunes de la loi, ce n'est pas aux déductions logiques, c'est aux nécessités qu'on demandera la solution. »

16. C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *La nouvelle rhétorique. Traité de l'argumentation*, Paris, 1958, vol. 1, p. 264 à 270, en particulier § 46 : « Contradiction et incompatibilité », et § 47 : « Procédés permettant d'éviter une incompatibilité », dont on ne peut citer ici que quelques passages significatifs, p. 263 :

> « L'incompatibilité dépend soit de la nature des choses, soit d'une décision humaine » (p. 264). » Des incompatibilités peuvent résulter de l'application à des situations déterminées de plusieurs règles morales ou juridiques, de textes légaux ou sacrés. Alors que la contradiction entre deux propositions suppose un formalisme, ou du moins un système de notions univoques, l'incompatibilité est toujours relative à des circonstances contingentes, que celles-ci soient constituées par des lois naturelles, des événements particuliers ou des décisions humaines. »

Pareillement, voir aussi Charles P. CURTIS, A better theory of legal interpretation, *Vanderbilt Law Review*, III, 1949, p. 423 : « The most important criterion is simply consistency with all the rest of the law. This contract or that will is a very small part of our total law, just as truly as this or that statute is a larger piece ; and though Justice has larger aims, the virtue on which the Law stakes its hopes is consistency. »

17. Voir Jürgen von KEMPSI, Bemerkungen zum Begriff der Gerechtigkeit, *Studium Generale*, XII, 1959, et, reproduit dans l'ouvrage du même auteur, *Recht und Politik*, Stuttgart, 1965, p. 51 : « Wir wollen davon sprechen, dass den Privatrechtsordnungen ein Verträglichkeitsprinzip für Handlungen zu Grunde liegt » ; et, du même auteur, Grundlagen zu einer Strukturtheorie des Rechts, dans les *Abhandlungen der Geistes- und Sozialwissenschaftlichen Klasse der Akademie der Wissenschaften und Literatur in Mainz*, 1961, n° 2, p. 90 : « Wir fragen, welchen strukturellen Erfordernissen Handlungen entsprechen müssen, wenn sie miteinander verträglich sein sollen ; mit andern Worten, wir betrachten eine Welt, in der die Handelnden nicht miteinander kollidieren. »
18. Robert FROST, dans le poème *Mending wall.*
19. John MILTON, The Tenure of Kings and Magistrates, dans *Works*, édité par R. FLETCHER, Londres, 1838, p. 27 : « The power which is at the root of all liberty to dispose and economise in the land which God has given them, as masters of family in their own inheritance. »
20. Thomas HOBBES, *The Leviathan*, Londres, 1651, p. 91.
21. MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, XVI, chap. 15.
22. J. BENTHAM, *The Theory of Legislation*, édité par C. K. OGDEN, Londres, 1931, p. 113 : « Property and law are born together and must die together. »
23. Sir Henry MAINE, *Village Communities*, Londres, 1880, p. 230 : « Nobody is at liberty to attack several property and to say at the same time that he values civilization. The history of the two cannot be disentangled. »
24. Lord ACTON, *The History of Freedom*, Londres, 1907, p. 297 : « A people averse to the institution of private property is without the first elements of freedom. »
25. Voir A. I. HALLOWELL, Nature and function of property as a social institution, *Journal of Legal and Political Sociology*, I, 1943, p. 134 :

    « From the standpoint of our contention that property rights of some kind are in fact not only universal but that they are a basic factor in the structuralization of the role of individuals in relation to basic economic processes, it is significant that eighteenth-century thinkers sensed the fundamental importance of property rights, even though their reasoning was on different lines from ours. »

    Voir aussi H. I. HOGBIN, *Law and Order in Polynesia*, Londres, 1934, p. 77 et suiv. et l'introduction à cet ouvrage par B. MALINOWSKI, p. XLI, ainsi que, de ce dernier, *Freedom and Civilization*, Londres, 1944, p. 132 et 133.
26. Voir notamment Emmanuel KANT, Metaphysik der Sitten, dans *Werke*, Akademie Ausgabe, vol. 6, p. 382 et 396 ; et Mary J. GREGOR, *Laws of Freedom*, Oxford, 1963.
27. David HUME, Enquiry Concerning the Principles of Morals, dans *Essays*, Londres, 1875, vol. 2, p. 273.
28. Roscoe POUND, The Theory of judicial decision, *Harvard Law Review*, IX, 1936, p. 52.

29. Le plus influent d'entre les exposés de cette vue est probablement celui fait par C. BECCARIA, *On Crimes and Punishment* (1764), traduction de H. PAOLUCCI, New York, 1963, p. 15 : « A judge is required to complete a perfect syllogism in which the major premise must be the general law, the minor the action that does or does not conform to the law ; and the conclusion the acquittal or punishment. »

30. Voir Sir Alfred DENNING, *Freedom under the Law*, Londres, 1949.

6. « THESIS » : LA LOI DU LÉGISLATEUR

* Paul A. FREUND, Social justice and the law, publié par R. BRANDT dans *Social Justice*, Englewood Cliffs, NJ, 1962, p. 94, et dans la collection des Essais de l'auteur, *On Law and Justice*, Cambridge, Mass., 1968, p. 83. Comparer avec ceci J. W. HURST, *Law and Social Process in U.S. History*, Ann Arbor, Mich., 1960, p. 5 : « Despite much contrary rhetoric our main operating philosophy has always been to use law to allocate resources positively to affect conditions of life where we saw something useful to be accomplished by boing so... Law has meant organization for making and implementing choices among scarce resources of human satisfaction. »

Sur le mot grec *thesis* employé dans le titre de ce chapitre (et qui correspond au terme allemand *Satzung*), voir John BURNET, Law and Nature in Greek Ethics, *International Journal of Ethics*, VII, 1897, p. 332, où il montre que, par opposition à *nomos*, qui primitivement signifiait « usage », *thesis* peut signifier ou bien promulguer une loi, ou bien adopter des lois promulguées; et qu'ainsi il contient en germe non seulement la théorie du législateur originaire, mais aussi celle connue sous le nom de « Contrat social ».

1. Voir la phrase célèbre d'Edward COKE dans Dr. Bonham's case, 8, *Rép.*, 118 *a* (1610) : « And it appears in our books, that in many cases, the Common Law will controul Acts of Parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void : for when an Act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the Common Law will controul it, and adjudge such Act to be void. » Pour une discussion de la signification de ce procès voir C. H. MCILWAIN, *The High Court of Parliament*, New Haven, 1910 ; T. F. T. PLUCKNETT, Bonham's case and judicial review, *Harvard Law Review*, XL, 1926-1927 ; et S. E. THORNE, Bonham's case, *Law Quarterly Review*, LIV, 1938. Même à une époque aussi tardive que 1766 William PITT pouvait encore soutenir devant la Chambre des Communes (*Parliamentary History of England*, Londres, 1813, vol. 6, col. 195) que : « There are many things a parliament cannot do. It cannot make itself executive, nor dispose of offices which belong to the crown. It cannot take any man's property, even that of the meanest cottager, as in the case of enclosures, without his being heard. »

2. Voir J. C. CARTER, *Law, Its Origin, Growth, and Function*, New York et Londres, 1907, p. 115 : « At the first appearance of legislation its province and the province of Public Law were nearly coterminous. The province of Private Law is scarcely touched. »

3. Voir Courtenay ILBERT, *Legislative Methods and Forms*, Oxford, 1901, p. 208 : « The English Legislature was originally constituted, not for legislative, but for financial purposes. Its primary function was, not to make laws, but to grant supplies. »

4. Voir J. C. GRAY, *Nature and Sources of Law*, 2e éd., New York, 1921, p. 161 : « A statute is a general rule. A resolution by the legislature that a town shall pay one hundred dollars to Timothy Coggan is not a statute. »

5. Courtenay ILBERT, ouvr. cité, p. 213.

6. Voir J. C. CARTER, ouvr. cité, p. 116 :

> « We find in the numerous volumes of statute books vast masses of matter which, though in the form of laws, are not laws in the proper sense. These consist in the making of provisions for the maintenance of public works of the State, for the building of asylums, hospitals, school-houses, and a great variety of similar matters. This is but the record of the actions of the State in relation to the *business* in which it is engaged. The State is a great public corporation which conducts a vast mass of business, and the written provisions for this, though in the form of laws, are not essentially different from the minutes of ordinary corporate bodies recording their actions... it is substantially true that the whole vast body of legislation is confined to Public Law and that its operation on Private Law is remote and indirect and aimed only to make the unwritten law of custom more easily and certainly enforced. »

Voir aussi Walter BAGEHOT, *The English Constitution* (1867), World's Classics edition, Oxford, 1928, p. 10 : « The legislature chosen, in name, to make law, in fact finds its principal business in making and keeping an executive » ; et au même ouvrage, p. 119 :

> « An immense mass, indeed, of the legislation is not, in the proper language of jurisprudence, legislation at all. A law is a general command applicable to many cases. The « special acts » which crowd the statute book and weary parliamentary committees are applicable to one case only. They do not lay down rules according to which railways shall be made, but enact that such and such a railway shall be made from this place to that place, and they have no bearing on any other transaction. »

7. Courtenay ILBERT, ouvr. cité, p. 6. Voir aussi, même ouvrage, p. 209 et suiv. :

> « When the authors of books on jurisprudence write about law, when professional lawyers talk about law, the kind of law about which they are mainly thinking is that which is found in Justinian's *Institutes*, or in the Napoleonic Codes, or in the New Civil Code of the German Empire, that is to say, the legal rules which relate to contracts and torts, to property, to family relations and inheritance, or else to law of crimes as is to be found in a Penal Code. They would also include the law of procedure, or « adjective » law, to use a Benthamic term, in accordance with which substantive rules of law are administered by the courts. These branches of law make up what may perhaps be called « lawyers » law. »

8. Voir M. J. C. VILE, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Oxford, 1967 ; et W. B. GWYN, *The Meaning of the Separation of Powers*, *Tulane Studies in Political Science*, IX, New Orleans, 1965. Gwyn montre que l'idée de la séparation des pouvoirs a été inspirée par trois considérations totalement différentes, qu'il appelle la souveraineté du droit, et les arguments de responsabilité et d'efficacité. L'argument de la souveraineté du droit demanderait que la législature ne puisse adopter que des règles de juste conduite également contraignantes pour tous les particuliers et pour le gouvernement. L'argument de responsabilité vise à faire en sorte que le petit nombre d'hommes qui conduisent en fait nécessairement le gouvernement soient responsables devant l'assemblée représentative ; tandis que l'argument

d'efficacité demande que le pouvoir d'agir soit délégué au gouvernement parce qu'une assemblée ne peut pas conduire efficacement des opérations. Il est clair que quant au deuxième et au troisième chef, l'assemblée serait également chargée de gouverner, mais seulement en qualité de surveillant ou de contrôleur.

9. M. J. C. VILE, ouvr. cité, p. 44.

10. *The First Agreement of the People of 28 October 1647*, dans S. R. GARDINER, *History of the Great Civil War*, nouv. éd., Londres, 1898, vol. 3, p. 392.

11. Marchamont NEEDHAM ?, *A True Case of the Common Wealth*, Londres, 1654, cité par M. J. C. VILE, ouvr. cité, p. 10, où le livre est qualifié d'apologie officielle de l'*Instrument of Government of 1653*.

12. M. J. C. VILE, ouvr. cité, p. 63 : « The power of legislation is itself limited to the exercise of its own proper functioning. John Locke's view was that the legislative authority is *to act in a particular way*... those who wield this authority should make *only* general rules. They are to govern by promulgated established Laws, not to be varied in particular cases. » Voir aussi, au même ouvrage, les p. 214 et 217.

13. J. BENTHAM, Constitutional Code, dans *Works*, IX, p. 119 :

« Why render the legislation omnicompetent ?... Because it will better enable it to give effects to the will of the supreme constitutive, and advancement to the interest and security of the members of the state... Because the practice upon which it puts an exclusion is, in a constitution such as the present, pregnant with evil in all imaginable shapes. Any limitation is in contradiction to the general happiness principle. »

14. Sur le rôle de James Mill à cet égard, voir M. J. C. VILE, ouvr. cité, p. 217.

15. Robert A. PALMER, *The Age of Democratic Revolution*, vol. 1, Princeton, 1959.

16. Cette phrase est cité par J. SEELEY, *Introduction to Political Science*, Londres, 1896, p. 216, mais je n'ai pu en retrouver la trace dans la correspondance publiée de Napoléon.

17. G. W. F. HEGEL, *Philosophie der Weltgeschichte* (cité d'après les extraits inclus dans *Gesellschaft, Staat, Geschichte* publié par F. BÜLOW, Leipzig, 1931, p. 321) :

« Die erste Verfassung in Frankreich enthielt die absoluten Rechtsprinzipien in sich. Sie war die Konstituierung des Königtums ; and der Spitze des Staates sollte der Monarch stehen, dem mit seinen Ministern die Ausübung zustehen sollte ; der gesetzgebende Körper hingegen sollte die Gesetze machen. Aber diese Verfassung war sogleich ein innerer Widerspruch ; denn die ganze Macht der Administration war in die gesetzgebende Gewalt verlegt : das Budget, Krieg und Frieden, die Aushebung der bewaffneten Macht kam der gesetzgebenden Körperschaft zu. Das Budget aber ist seinem Begriffe nach kein Gesetz, denn es wiederholt sich alle Jahre, und die Gewalt, die es zu machen hat, ist Regierungsgewalt... Die Regierung wurde also in die Kammern verlegt wie in England in das Parlament. »

18. W. HASBACH, *Die moderne Demokratie*, Jena, 1912, p. 17 et 167.

19. Voir J. C. CARTER, ouvr. cité, p. 234 : « Legislative commands thus made, requiring special things to be done, are part of the machinery of government, but a part very different from that relating to the rules which govern ordinary conduct of men in relation to each other. It is properly described as *public law*, by way of distinction from private law. » Voir aussi J. Walter JONES, *Historical Introduction to the Theory of Law*, Oxford, 1956, p. 146 :

« There is e.g., the view that the essence of the State is the possession of supreme force. Public law, owing to its connexion with the State, appears

so strongly marked by the characteristic of force that the feature of order or regularity, which is so pronounced in the rules with which the lawyer is for the most part concerned, seems altogether overshadowed. In the result, the difference between public and private law becomes one of kind rather than of degree — a difference between force and rule. Public law ceases to be law at all, or at least to be law in the same sense as private law.

« At the opposite pole are found those lawyers who are primarily occupied with an independent science of public law. They have to recognize that it is too late in the day to deny that the rules grouped together as private law are entitled to the name of law, but far from regarding the association of the rules, forming the public law, with force, as a proof of their inferiority in comparison with private law, they see in it rather the mark of an inherent superiority... The distinction therefore becomes one between relations of subordination and of co-ordination. »

La distinction la plus claire entre le droit constitutionnel en tant que composé de règles d'organisation, et le droit privé en tant que règles de conduite, a été tracée par W. BURKHARDT, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 2e éd., Zürich, 1948, particulièrement p. 137 :

« Der *erste* [der doppelten Gegensätze auf die die Gegenüberstellung von öffentlichen und privaten Recht zielt] beruht auf einer grundlegenden Verschiedenheit der Rechtsnormen : die *materiellen oder Verhaltensnormen* schreiben den Rechtsgenossen vor, was sie tun oder lassen sollen : die *formellen oder organizatorischen Normen* bestimmen, wie, d.h. durch wen und in welchen Verfahren, diese Regeln des Verhaltens gesetzt, angewendet und (zwangsweise) durchgesetzt werden. Die ersten kan mann Verhaltensnormen, die zweiten Verfahrensnormen oder (i.w.S.) Verfassungsnormen nennen. Man nennt die ersten auch materielle, die zweiten formelle Normen... Die ersten geben den Inhalt des Rechts, das rechtlich geforderte Verhalten, die zweiten entscheiden über seine Gültigkeit. »

La distinction de Burkhardt semble avoir été acceptée surtout par d'autres juristes suisses ; voir en particulier Hans NAWIASKI, *Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe*, Zurich, 1948, p. 265, et C. DU PASQUIER, *Introduction à la théorie générale et la philosophie du droit*, 3e éd., Neuchâtel, 1948, p. 49.

Voir toutefois H. L. HART, *The Concept of Law*, Oxford, 1961, p. 78 :

« Under rules of one type, which may well be considered the basic or primary type, human beings are required to do or abstain from certain actions, whether they wish or not. Rules of the other type are in a sense parasitic or secondary on the first ; for they provide that human beings may by doing or saying certain things introduce new rules of the primary type, extinguish or modify old ones, or in various ways determine their incidence or control their operations. »

Voir aussi Lon L. FULLER, *The Morality of Law*, New Haven, 1964, p. 63 : « Today there is a strong tendency to identify law, not with rules of conduct but with a hierarchy of power or command » ; et même ouvrage, p. 169, où il parle d'une « confusion between law in the usual sense of rule of conduct directed toward the citizen, and government action generally. »

20. ULPIEN, *Digeste*, I, 1, 1, 2, définit le droit privé comme *ius quod ad singulorum utilitatem spectat* et le droit public comme *ius quod ad statum rei Romanae spectat.*

21. Voir Ernest BARKER, *Principles of Social and Political Theory*, Oxford, 1951, p. 9 : « Some of it is primary or constitutional and some secondary or ordinary law. »

22. Voir J. E. M. PORTALIS, Discours préliminaire du premier projet de Code civil (1801), dans la *Conférence du Code civil*, Paris, 1805, vol. 1, p. XIV : « L'expérience prouve que les hommes changent plus facilement de domination que de lois » : voir aussi H. HUBER, *Recht, Staat und Gesellschaft*, Berne, 1954, p. 5 : « Staatsrecht vergeht, Privatrecht besteht. » Malheureusement, ainsi qu'Alexis de Tocqueville le remarqua il y a longtemps, il est aussi vrai que les constitutions passent, mais que le droit administratif subsiste.

23. H. L. A. HART, ouvr. cité.

24. A cet égard, signalons comme caractéristique et d'une grande influence sur la littérature juridique allemande, la critique que fit A. HAENEL, *Studien zum deutschen Staatsrecht, II. Das Gesetz im formellen und materiellen Sinn*, Leipzig, 1888, p. 225 et 226, de la définition de la *Rechtssatz* posée par E. SELIGMANN dans *Der Begriff des Gesetzes im materiellen und formellen Sinn*, Berlin, 1886, p. 63, comme une règle qui « est abstraite et régit un nombre de cas impossible à prévoir » ; A. Haenel objecte que cela reviendrait à exclure les règles fondamentales d'ordre constitutionnel. Bien évidemment, il y a exclusion ; et les Pères de la Constitution américaine eussent probablement été horrifiés s'il avait été suggéré que leur œuvre était conçue comme devant primer sur les règles de juste conduite telles que les contient la *Common Law*.

25. Voir en particulier Johannes HECKEL, Einrichtung und rechtliche Bedeutung des Reichshaushaltgesetzes, *Handbuch des deutschen Staatsrechtes*, Tübingen, 1932, vol. 2, p. 390.

26. A. V. DICEY, *Lectures on the Relation between Law and Public Opinion in England during. the Nineteenth Century*, Londres, 1903.

27. Rudolf GNEIST, *Das englische Verwaltungsrecht der Gegenwart*, Berlin, 1883.

28. Voir en particulier Walter LIPPMANN, *An Inquiry into the Principles of a Good Society*, Boston, 1937.

29. Voir E. FREUND, *Administrative Powers over Persons and Property*, Chicago, 1928, p. 98.

30. Carl SCHMITT, *Legalität und Legitimität* (1932), reproduit dans *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Berlin, 1958, p. 16.

31. Hans J. MORGENTHAU, *The Purpose of American Politics*, New York, 1960, p. 281 : « In our age, aside from still being the umpire, the state has also become the most powerful player, who, in order to make sure of the outcome, rewrites the rules of the game as he goes along. »

32. Voir Paul VINOGRADOFF, *Custom and Right*, Oslo, 1925, p. 10 :

> « The Trade Disputes Act of 1906 conferred on the unions an immunity from prosecution on the ground of tortious acts of their agents ; this immunity stands in flagrant disagreement with the law of agency and the law as to companies represented by their officers in accordance with the Statutory Orders of 1883. The reason for this discordant state of the law is to be found in the resolve of legislation to secure for the unions a favourable position in their struggle with the employers. »

Voir aussi les commentaires de A. V. DICEY, J. A. SCHUMPETER et de Lord MAC DERMOTT, cités dans F. A. HAYEK, *The Constitution of Liberty*, Londres et Chicago, 1960, p. 504, n. 3.

33. *Home Building and Loan Ass. v. Blaisdell,* 290 US 398, 434, 444, 1934, selon lequel l'Etat a « authority to safeguard the vital interests of its people » et dans ce but pour empêcher « the perversion of the (contract) clause through its use as an instrument to throttle the capacity of the States to protect their fundamental interests ».

34. Gustav Radbruch, *Vom individualistischen Recht zum sozialen Recht* (1930), reproduit dans *Der Mensch im Recht,* Göttingen, 1957, p. 40 :

> « Für eine individualistische Rechtsordnung ist das öffentliche Recht, ist der Staat nur der schmale schützende Rahmen, der sich um das Privatrecht und das Privateigentum dreht, füt eine soziale Rechtsordnung ist umgekehrt das Privatrecht nur ein vorläufig ausgesparter und sich immer verkleinernder Spielraum für die Privatinitiative innerhalb des allumfassenden öffentlichen Rechts. »

35. Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht,* vol. I, 2e éd., Munich et Leipzig, 1924, p. 14 : « Verwaltungsrecht ist das dem Verhaltnis zwischen dem verwaltenden Staate und den ihm dabei begegnenden Untertanen eigentumliche Recht. »

36. C. A. R. Crosland, *The Future of Socialism,* Londres, 1956, p. 205.

INDEX

Imprimé en France, à Vendôme
Imprimerie des Presses Universitaires de France
1980 — N° 27 235